

Der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes
im heutigen deutschen Recht

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Armin v. Livonius

Assessor in München

1971

1972



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes
im heutigen deutschen Recht

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Armin v. Livonius
Assessor in München

1971



Erstgutachter: Prof. Dr. iur. Walter G. Becker

Zweitgutachter: Prof. Dr. iur. Georg Baumert

Tag der mündlichen Prüfung: 23. November 1972

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung

I Aufgabe und Methode	1
II Die Entwicklung der vindicatio filii vel filiae vom römischen Recht bis zum Inkrafttreten des BGB	2
1) Das Recht auf Herausgabe eines Kindes im römischen Recht	2
2) Das Recht auf Herausgabe eines Kindes im deutschen und gemeinen Recht	5
3) Das Recht auf Herausgabe eines Kindes in den Partikularrechten	7

Erster Teil

Rechtsnatur und Voraussetzungen des Herausgabeanspruches nach § 1632 BGB.

A Wesen des Herausgabeanspruches	9
I Familienrechtlicher Herausgabeanspruch	9
II Zur analogen Anwendung der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	10
III Ablehnung einer Analogie zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Darstellung des umfassenden und direkten Anwendungsbereiches des familienrechtlichen Herausgabeanspruches	11
B Voraussetzungen des Herausgabeanspruches	12
I Der Begriff des Elternrechtes im Grundgesetz und Bürgerlichen Gesetzbuch	12
II Der Kreis der Inhaber des Elternrechtes aus Art. 6 Abs. II des Grundgesetzes	14
1) Darstellung und Beurteilung der Problematik einer naturrechtlichen oder biologisch-natürlichen Begründung des Elternrechtes	15

	Seite
2) Die nichteheliche Mutter	19
3) Der nichteheliche Vater	23
4) Die Adoptiveltern	26
5) Der Vormund und Pfleger	30
6) Der Scheinvater und die Pflegeeltern	37
III Zum Verhältnis zwischen Elternrecht und elterlicher Gewalt in bezug auf den Herausgabeanspruch	39
IV Innehabung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes durch den Herausgabeberechtigten	41
1) Früherer Rechtszustand	42
2) Grundsatz gemeinsamer Anspruchsberechtigung beider Ehegatten	45
3) Herausgabeanspruch der nichtehelichen Mutter	47
4) Der Kreis der übrigen Herausgabeberechtigten	49
V Herausgabeverpflichtete	51
1) Der unmittelbare und mittelbare Gewalthaber	51
2) Zum Begriff des Vorenthaltens	52
3) Widerrechtlichkeit des Vorenthaltens	53

Zweiter Teil

Die prozessuale Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber Dritten nach § 1632 Abs. I

I Allgemeines	59
II Zur Prozeßfähigkeit minderjähriger Sorgeberechtigter	60
III Definition des Begriffes "Dritter" in Absatz I	65
1) Anspruch der nichtehelichen Mutter gegen den nichtehelichen Vater	65

	Seite
2) Anspruch der nichtehelichen Mutter gegen die Mutter des nichtehelichen Vaters und das Jugendamt	68
3) Anspruch des Jugendamtes gegen den nichtehelichen Vater	69
IV Die Erhebung der Klage	70
1) Einvernehmen zwischen den Eltern	71
2) Desinteresse eines Elternteils	73
V Klageerhebung nur eines Elternteils gegen den erklärten Willen des anderen Teils	75
1) Zum Rechtszustand in der Zeit vom 1.4.1953 bis 30.6.1958	75
2) Defektive Rechtsbesserung praeter legem	76
3) Die Rechtsprechung im Zwischenrecht	78
4) Die gegenwärtige Rechtslage	80
5) Zur Stellung des Vormundschaftsgerichtes im Meinungsstreit der Eltern	81
6) Kompetenzentscheidung des Vormundschaftsgerichtes	83
7) Konsequenzen für die Klageerhebung	84
VI Klageziel	86
1) Grundsatz der Holschuld	86
2) Bei Verschulden Bringschuld	87
VII Erlaß einstweiliger Verfügungen durch das Prozeßgericht	87

Dritter Teil

Die Zwangsvollstreckung nach § 1632 Abs. I	89
I Überblick über den Meinungsstreit	89
II Differenzierter Lösungsversuch	90
1) Zur Frage analoger Anwendung des § 883 ZPO im Falle der Herausgabe eines Kindes	91

	Seite
2) Vollstreckung je nach Maßgabe des Titels	93
III Keine Gewaltanwendung gegen das Kind	96
<u>Vierter Teil</u>	
Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber dem anderen Elternteil nach § 1632 Abs. II	
I Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts	97
II Zur analogen Anwendung des § 1632 Abs. II	99
1) Herausgabeverlangen des Vaters des für ehelich erklärten Kindes gegenüber der nichtehelichen Mutter	99
2) Herausgabeverlangen der Adoptiveltern gegenüber den leiblichen Eltern	100
3) Herausgabeverlangen des Vormunds oder Sorgerechtpflegers gegenüber den Eltern	101
III Grundsatz der Innehabung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts	102
IV Zur Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechtes bei Getrenntleben der Eltern	104
V Stellungnahme zur Frage der "Rechtswidrigkeit" des Handelns einer Mutter, die bei verschuldeter Trennung ihre Kinder unter sieben Jahren eigenmächtig mit sich fortnimmt	107
VI Zum Verhältnis zwischen § 1672 und § 1632 Abs. II	113
1) Grundsatz der Selbständigkeit beider Verfahren	113
2) Verbindung beider Verfahren und Gesetzesänderungsvorschlag	114

Fünfter Teil

Die Zwangsvollstreckung nach § 1632 Abs. II	117
Vollziehung vormundschaftsgerichtlicher Verfügungen	118
I Vollstreckbarkeit	118
II Grundsatz des Amtsbetriebes	119
III Erzwingung der Herausgabe gegenüber Dritten	120
IV Vorgehen gegen Kinderheime, Internate usw.	122

Sechster Teil

Weitere Abwehransprüche bei Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt

I Die elterliche Gewalt als relatives und absolutes Recht	125
II Deliktischer Schutz gem. § 823	126
1) Nach Abs. I	126
2) Nach Abs. II	128
III Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche	130
IV Verhältnis der verschiedenen Ansprüche zueinander	130
V Zuständigkeit	131
1) Zur Frage des Rechtsbehelfes gegen Untätigkeit des Vormundschaftsgerichtes	132
2) Schaffung von Familiengerichten	135

<u>Schlußbetrachtung</u>	137
--------------------------	-----

Fußnoten	140
----------	-----

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a. a. O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
a. F.	alter Fassung
AG	Amtsgericht
BayAGBGB	Bayerisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 9. Juni 1899
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayer- ischen Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen (Band, Seite; neue Folge nach Jahr und Seite)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Jahr, Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit beson- derer Berücksichtigung der Rechtspre- chung des Reichsgerichts und des Bun- desgerichtshofes. Kommentar, heraus- gegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10./11. Aufl., 4. Bd., 2. Teil, Familienrecht, Berlin 1964
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band, Seite)
BNotO	Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (Jahr, Seite)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, Seite)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
ggf.	gegebenenfalls
GleichberG	Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 18. Juni 1957
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Jahrgang, Seite)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, laufende Nummer in der Sammlung)
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band, Seite)
JGG	Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953
JMBI. NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen (Jahr, Seite)

JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
Justiz	Die Justiz. Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JWG	Gesetz für Jugendwohlfahrt i. d. F. vom 6. August 1970
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
KGBl	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts (Jahr, Seite)
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (Band, Seite)
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring. Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
NEhelG	Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969
n. F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
OLG	Oberlandesgericht
Recht	Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand (Jahr, laufende Nummer in der Sammlung)
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)

ROLG	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes (Band, Seite)
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
S.	Seite
SeuffA	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nummer der Entscheidung)
StAZ	Das Standesamt. Zeitschrift für Standesamtswesen (Jahr, Seite)
StGB	Strafgesetzbuch vom 18. Mai 1871
UJ	Unsere Jugend. Zeitschrift für Jugendhilfe in Wissenschaft und Praxis (Jahr, Seite)
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Band, Seite)
VWGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
z. B.	zum Beispiel
ZBl. JugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band, Seite)

Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des BGB.

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Anders, G.: Freiheitsentziehung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt. Zugleich ein Beitrag zur freiwilligen Erziehungshilfe. FamRZ 1960, S. 475 ff.
- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Unveränderter Nachdruck der 14. Aufl., Berlin 1933. Bad Homburg vor der Höhe 1960.
- Arnold, Egon: Die neue Rechtslage im Familienrecht. XI. Die elterliche Gewalt. MDR 1953, S. 332 ff.
- Gesetzliche Neuregelungen im Bereich der elterlichen Gewalt. FamRZ 1959, S. 425 ff.
- Bachofen, J. J.: Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts. Bonn 1848.
- Baumbach, Adolf-Lauterbach, Wolfgang: Zivilprozeßordnung. Kommentar, 30. Aufl., München 1970.
- Baumgarte, Gisela: Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz. Diss. iur., Köln 1966.
- Baur, Fritz: Freiwillige Gerichtsbarkeit. 1. Buch, Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955.
- Becker, Walter G.: Rechtsvergleichende Notizen zur Auslegung. In: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag. I. Band, S. 70 ff. Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956.
- Mandat und Gesetz. Der Rechtsstaat (In: Festschrift für Karanikas Band III). Sonderabdruck, Thessaloniki 1967.
- Beitzke, Günther: Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht. FamRZ 1958, S. 7 ff.
- Die elterliche Gewalt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts. JR 1959, S. 401 ff.
 - Gleichheit von Mann und Frau, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner. Zweiter Band, die Freiheitsrechte in Deutschland, S. 199 ff., Berlin 1960.
 - Familienrecht. Ein Studienbuch. 15. Aufl., München 1970.

- Belke, Wolfgang: Gedanken zu einer Reform der Bestimmungen über die elterliche Gewalt (§§ 1626 - 1698b BGB). FamRZ 1969, S. 72 ff.
- Bosch, F. W.: Aus dem Rechtsleben. Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit. In: Archiv für die civilistische Praxis, 149. Band, S. 32 ff.
- Die Situation im Ehe- und Familienrecht. Rpfleger, 1954, S. 2 ff.
 - Ergänzende Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz. FamRZ 1957, S. 231 ff.
 - Grundsatzfragen des Gleichberechtigungsgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht. FamRZ 1959, S. 265 ff.
 - Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juli 1959. FamRZ 1959, S. 406 ff.
 - Welche Anforderungen sind an eine Reform des Rechtes des unehelichen Kindes zu stellen? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag. Band I (Gutachten). 1. Teil Heft B, Tübingen 1962.
 - Ehe und Familie in der Rechtsprechung (Gesetzgebung - Rechtsprechung - Wissenschaft). Insbesondere ein Beitrag zum Thema "Gesetz und Richter". FamRZ 1966, S. 57 ff.
 - Aktuelle Probleme des Familien- und Erbrechts. FamRZ 1970, S. 497 ff.
- Brand, (ohne Vornamen)-Hensel, Ferdinand: Die Vormundschafts-Familienrechts- und Fürsorgeerziehungs-sachen in der gerichtlichen Praxis. 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963.
- Brinkmann, Karl: Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz, für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Bonn 1967 ff., Stand: 1968.
- Busekist, Otto v.: Das Familiengericht in den Vereinigten Staaten von Amerika. Ein Beitrag zur Reform des Ehescheidungsverfahrensrechts. Köln-Berlin-Bonn-München 1970.
- Claessens, Dieter: Die Familie in der modernen Gesellschaft. In: Familie und Gesellschaft, S. 235 ff. Herausgegeben von Ferdinand Oeter. Tübingen 1966.

- Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10./11. Aufl., 4. Band, 2. Teil, Familienrecht, Berlin 1964.
- Danz, H. A. A.: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, 1. Theil, 2. Aufl., Leipzig 1871.
- Dernburg, Heinrich: System des römischen Rechts. Pandekten, 8. Aufl., bearbeitet von Paul Sokolowski, 2. Teil, Berlin 1912.
- Dölle, Hans: Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Band II, Karlsruhe 1965.
- Donau, Helmut: Das neue Kindschaftsrecht (II). MDR 1958, S. 6 ff.
- Dreher, Eduard: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen. Kommentar, 31. Aufl., München 1970.
- Dunz, W.: Nochmals: Privatrechtliches Unterbringungsrecht. FamRZ 1961, S. 247 ff.
- Eckart, Fritz: Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder, nach gemeinem Recht und BGB. Diss. iur., Rostock 1900.
- Ehrlich, Eugen: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig 1903.
- Eißer, Georg: Der Unterhalt unehelicher Kinder. FamRZ 1963, S. 473 ff.
- Engler, Helmut: Zum Erfordernis der elterlichen Einwilligung in die Adoption. FamRZ 1969, S. 63 ff.
- Enneccerus, Ludwig-Kipp, Theodor-Wolff, Martin: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, zweite Abteilung, Familienrecht von Theodor Kipp und Martin Wolff, 6. Bearbeitung, 18. - 20. Aufl., Marburg 1928.
- Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958.
- Erman, Walter: Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl., 2. Band, Münster 1967.

- Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre. In: Untersuchungen zur vergleichenden allgemeinen Rechtslehre und zur Methodik der Rechtsvergleichung. Herausgegeben von der Gesellschaft für Rechtsvergleichung (Fachgruppe für Grundlagenforschung), Band 1, Tübingen 1956.
- Finke (ohne Vornamen): Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern unter dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau. NJW 1953, S. 606 ff.
- Firsching, Karl: Das "eheliche Kind" in der Rechtsprechung der letzten Jahre. FamRZ 1956, S. 136 ff.
- Forsthoff, Ernst: Zur Problematik der Verfassungsauslegung. Res Publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Band 7. Herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Forsthoff, Heidelberg. Stuttgart 1961.
- Funk, Winfried: Trennung der Kinder von der Familie. Fragen zum Geltungsbereich des Art. 6 Abs. III des Grundgesetzes. FamRZ 1969, S. 69 ff.
- Gebhard, Ludwig: Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. München, Berlin und Leipzig 1932.
- Gernhuber, Joachim: Elterliche Gewalt heute. Eine grundsätzliche Betrachtung. FamRZ 1962, S. 89 ff.
- Lehrbuch des Familienrechts. 2. Aufl., München 1971.
- Göppinger, Horst: Die vorläufige Anordnung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter Berücksichtigung anderer Verfahrensordnungen - mit Betrachtungen de lege ferenda -. In: Archiv für die civilistische Praxis, 169. Band, S. 513 ff.
- Gräber, Fritz: Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar. 2. Aufl., Münster 1963.
- Habscheid, Walther: Das Familiengericht. Ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtspflege. FamRZ 1955, S. 153 ff.
- Zur Problematik der "gesetzlichen Vertretung". FamRZ 1957, S. 109 ff.
- Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern nach dem Gleichberechtigungsgesetz. Rpfleger 1957, S. 326 ff.

- Die Zivilrechtspilege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze. JR 1958, S. 361 ff.
- Die Rechtsprechung zum Eheprozeßrecht. FamRZ 1963, S. 201 ff.
- Freiwillige Gerichtsbarkeit. Ein Studienbuch. 5. Aufl., München 1971.

Hahnzog, Klaus: Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. II GG. FamRZ 1971, S. 334 ff.

Hamann, Andreas-Lenz, Helmut: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl., Neuwied-Berlin 1970.

Hampel, Herbert: Rechtliche Probleme der Heim- und Anstaltsunterbringung Minderjähriger in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. FamRZ 1963, S. 537 ff.

Hansmann, Klaus: Der Elternbegriff des Art. 6 Abs. II des Grundgesetzes. FamRZ 1962, S. 452 ff.; FamRZ 1963, S. 489 ff.

- Verfassungsrechtliche Schranken öffentlicher Jugendfürsorge. Diss. iur., Münster 1967.

Hessen, Jan Siebert van: Familie, Freizeit und Sozialisation der jungen Generation. In: Die Familie als Sozialisationsfaktor. Der Mensch als soziales und personales Wesen, Band III, S. 63 ff. Herausgegeben von Gerhard Wurzbacher, Stuttgart 1968.

Horstmann, Martin: Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen im außerehelichen Eltern-Kind-Verhältnis. Der Zusammenhang zwischen der Institution der Familie und der elterlichen Gewalt. In: Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Presserecht, Band 49, Bielefeld 1967.

Hübner, Rudolf: Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 4. Aufl., Leipzig-Erlangen 1922.

Huhn, Diether: Für Familiengerichte. FamRZ 1967, S. 314 ff.

Jans, Karl-Wilhelm/Happe, Günter: Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar. Köln 1963.

Jansen, Paul: FGG. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften. Kommentar. Erster Band, 2. Aufl., Berlin 1969.

Jayme, Erik: Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen. Schriftenreihe der wissenschaftlichen Gesellschaft für Personenstandswesen und verwandte Gebiete MBH. Neue Folge, Band 9, Frankfurt/Main, Berlin 1971.

Josef, Eugen: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898. Mit Kommentar in Anmerkungen. 2. Aufl., Berlin 1906.

Das vorläufige Ende des Kwilecki-Prozesses. Ein zivilistischer Beitrag zur Lehre von der Kindesunterschlebung. KGBI. 1911, S. 117 ff.

Karlowa, Otto: Römische Rechtsgeschichte. 2. Band, 1. Teil, Leipzig 1901.

Keidel, Theodor: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Handausgabe des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Erläuterungen, Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften, 9. Aufl., München und Berlin 1967.

Kissel, Otto-Rudolf: Gibt es eine Untätigkeitsbeschwerde im Rahmen des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit? ZZP, Band 69, S. 3 ff.

Klemm, Gerold: Andere Gedanken zu einer Reform der Bestimmungen über die elterliche Gewalt (§§ 1626 - 1698b BGB). FamRZ 1969, S. 311 ff.

König, René: Staat und Familie in der Sicht des Soziologen. In: Der Schutz der Familie, S. 53 ff. Untersuchungen zu Artikel 6 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Schriftenreihe der niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung, Weener 1966.

Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar). Hamburg, 1950 ff., Stand: Juni 1971.

Kraut, Wilhelm Theodor: Grundriß zu Vorlesungen über das Deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechtes nebst beigelegten Quellen. Neu bearbeitet von F. Frensdorff, 6. Aufl., Berlin-Leipzig 1886.

Krüger, Hildegard: Übt das Jugendamt als Amtsvormund öffentliche Gewalt aus? JZ 1955, S. 634 ff.

- /Breetzke, Ernst/Nowack, Kuno: Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar, München-Berlin 1958.

- Uneheliche Kinder. In: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner. Vierter Band, Grundrechte und institutionelle Garantien, 1. Halbband, S. 325 ff., Berlin 1960.
- Lange, Hermann: Die Lücke im Kindschaftsrecht. NJW 1961, S. 1889 ff.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. In: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Begründet von F. v. Liszt und W. Kaskel. Abteilung Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1969.
- Leibholz, G./Rinck, H. J.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. 4. Aufl., Köln 1971.
- Lindacher, Walter F.: Der Minderjährigen-Vormund als Grundrechtsinhaber. FamRZ 1964, S. 116 ff.
- Lünenborg, Gerd: Beiträge zum Jugendhilferecht. Diss. iur., Hamburg 1961.
- Mangoldt, Hermann v.-Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz. Zweite Aufl., Band I, Berlin und Frankfurt/Main 1966.
- Maßfeller, Franz: Das neue Familienrecht. Gleichberechtigung von Mann und Frau. Gesetzentwurf. Berlin-Frankfurt/Main (ohne Jahr).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman: Grundgesetz. Kommentar. München, Stand: 1970.
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch. Nachtrag zur 5. Aufl., Karlsruhe 1970.
- Maurer, Hartmut: Das privatrechtliche Unterbringungsrecht und Art. 104 des Grundgesetzes. Insbesondere zur Rechtsnatur der elterlichen und vormundschaftlichen Gewalt sowie der Pflegschaft. FamRZ 1960, S. 468 ff.
- Mitteis, Heinrich: Deutsches Privatrecht. Neu bearbeitet von Heinz Lieberich. 5. Aufl., München 1968.
- Müller, Hanswerner: Vorläufige Anordnungen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. JR 1954, S. 52 ff.

- Muthesius, Hans: Reichs-Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar. Stuttgart-Köln 1950.
- Neidhardt, Friedhelm: Die Familie in Deutschland. Gesellschaftliche Stellung, Struktur und Funktionen. Veröffentlichung der Akademie für Wirtschaft und Politik, Hamburg. Beiträge zur Sozialkunde. Reihe B: Struktur und Wandel der Gesellschaft. Opladen 1966.
- Niclas, Ilse-Dore: Die elterliche Gewalt für die uneheliche Mutter und das Grundgesetz. ZBl. JugR 1960, S. 207 ff.
- Nussbaum, Arthur: Richterliche Zwangsgewalt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. ZZP, Band 29, S. 440 ff.
- Odersky, Felix: Nichtehelichen-Gesetz. Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder. Kommentar. 2. Aufl., Bielefeld 1971.
- Oertmann, Paul: Zur Struktur der subjektiven Privatrechte. In: Archiv für die civilistische Praxis, 123. Band, S. 129 ff.
- Oeter, Ferdinand: Die Familie als soziale Funktionseinheit. In: Familie und Gesellschaft, S. 1 ff. Herausgegeben von Ferdinand Oeter. Tübingen 1966.
- Palandt, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 30. Aufl., München 1971.
- Paulick, Heinz: Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäß den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957. FamRZ 1958, S. 1 ff.
- Peters, Hans: Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule. In: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner. Viertes Band, Grundrechte und institutionelle Garantien, 1. Halbband, S. 370 ff., Berlin 1960.
- Pfeil, Elisabeth: Die Frau in Beruf, Familie und Haushalt. In: Familie und Gesellschaft, S. 141 ff. Herausgegeben von Ferdinand Oeter. Tübingen 1966.
- Pikart, Heinz-Henn, Karl Eugen: Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Köln-Berlin-Bonn-München 1963.
- Planck, G.: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Band, Familienrecht, 3. Aufl., Berlin 1906.

- Planitz, Hans: Deutsches Privatrecht. Rechts- und Staatswissenschaften, 6. Band, 3. Aufl., Wien 1948.
- Rauschert, Klaus: Zur Stellung von Vormund und Pfleger nach dem Grundgesetz. ZBl.JugR 1962, S. 152 ff.
- Reuter, Dieter: Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt. Schriften zum öffentlichen Recht. Band 72, Berlin 1968.
- Riedel, Hermann: Der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes und seine Verwirklichung. UJ 1950, S. 383 ff.
- Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar. 4. Aufl., Berlin 1965.
- Ritter, Falko: Grundsätzliche Betrachtungen zum Anwendungsbereich der §§ 627 ZPO, 19 HausratsVO. FamRZ 1971, S. 405 ff.
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 9. Aufl., München-Berlin 1961.
- /Schwab, Karl Heinz: Zivilprozeßrecht. Lehrbuch. 10. Aufl., München 1969.
- Rüfner, Wolfgang: Zum Elternbegriff des Grundgesetzes. FamRZ 1963, S. 153 ff.
- Rupp/v. Brünneck, Waltraud: Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen. In: Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, S. 349 ff. Frankfurt/Main 1969.
- Saage, Erwin: Der Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen. JR 1956, S. 282 ff.
- Scheck, Friedrich: Der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes und seine Verwirklichung. UJ 1950, S. 219 ff.
- Scheffler, Erna: Ehe und Familie. In: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner. Viertes Band, Grundrechte und institutionelle Garantien, 1. Halbband, S. 245 ff., Berlin 1960.

- Schlegelberger, Franz: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Erster Band, 7. Aufl., Köln-Berlin 1956.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied-Berlin 1967.
- Schneider, Heinz: Die öffentliche Jugendhilfe zwischen Eingriff und Leistung. Berlin-Neuwied 1964.
- Schnitzerling (ohne Vornamen): Der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes. Zuständigkeitsregelung nach dem Gleichberechtigungsgesetz. StAZ 1961, S. 37 ff.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch. Kommentar. Nachtrag zur 14. Aufl., München 1969.
- Schwab, Dieter: Gedanken zur Reform des Minderjährigenrechts und des Mündigkeitsalters. JZ 1970, S. 745 ff.
- Schwäglers, Georg: Soziologie der Familie. Ursprung und Entwicklung. Heidelberger Sociologica, Band 9, Tübingen 1970.
- Schwerin, Claudius Frh. v.: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Grundrisse der Rechtswissenschaft, 13. Band. Berlin und Leipzig 1919.
- Schwoerer, J.: Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB n. F.). FamRZ 1958, S. 433 ff.
- Sigloch, Heinrich: Zur vindictio filii. In: Archiv für die civilistische Praxis, 154. Band, S. 243 ff.
- Simitis, S.: Personen- und personenstandsrechtliche Grundfragen des neuen Nichteheleichenrechts. StAZ 1970, S. 255 ff.
- Soergel, Hs. Th./Siebert, W.: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar. Band 5, Familienrecht. 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971.
- Staudinger, J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. IV. Band, Familienrecht, II. Teil, 7./8. Aufl., München und Leipzig 1913.

- IV. Band, Familienrecht, Teil 3a, 10./11. Aufl., Berlin 1966.

Stein, Erwin: Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts. In: Erwin Stein, Wilfried Joest, Hans Dombois: Elternrecht. Studien zu seiner rechtsphilosophischen und evangelisch-theologischen Grundlegung. Veröffentlichungen des Comenius-Instituts, Band 7. Heidelberg 1958.

Stein, Friedrich-Jonas, Martin-Schönke, Adolf-Pohle, Rudolf: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 18. Aufl., Tübingen 1956.

Thomas, Heinz-Putzo, Hans: Zivilprozeßordnung. Kommentar. 4. Aufl., München 1970.

Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. 3. Aufl., München 1965.

Wahl, Eduard: Zur Verfassungsmäßigkeit des Stichtent-scheids des Vaters. FamRZ 1959, S. 305 ff.

Wichmann, Georg: Die Zwangsvollstreckung bei der Forderung auf Herausgabe von Kindern. ZBl.JugR 1958, S. 7 ff.

Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze. Kommentar. Berlin 1958.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Band, 5. Aufl., Frankfurt/Main 1882.

Wolf, Ernst: Der Begriff Familienrecht. FamRZ 1968, S. 493 ff.

Zeis, Karl: Das Recht auf Herausgabe eines Kindes. Diss. iur., Erlangen 1929.

Einleitung

I

Aufgabe und Methode

Die vorliegende Arbeit stellt den Versuch dar, die rechtlichen Grundlagen des Anspruchs auf Herausgabe eines Kindes sowie dessen Problematik und Veränderungen auf diesem Teilbereich der Beziehungen zwischen Eltern-Kind-Dritten darzustellen und für erforderlich gehaltene Reformvorschläge zu unterbreiten.

Es wird daher zunächst die Entwicklung der vindictio filii vel filiae vom römischen Recht bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Einleitung kurz dargestellt.

Im Ersten Teil des Hauptteiles werden dann die Rechtsnatur und die Voraussetzungen des familienrechtlichen Herausgabeanspruches im Bürgerlichen Gesetzbuch erörtert, während im Zweiten und Dritten Teil die prozesuale Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber Dritten und die Zwangsvollstreckung folgen.

Im Vierten und Fünften Teil werden die Problematik der Geltendmachung des familienrechtlichen Herausgabeanspruches und dessen Vollstreckung gegenüber dem anderen Elternteil behandelt.

Der Sechste Teil enthält die Darstellung weiterer, außerhalb des Familienrechts liegender Abwehransprüche gegen die Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt und behandelt das Verhältnis der verschiedenen Ansprüche zueinander sowie die Frage des Rechtsbehelfes gegen Untätigkeit des Vormundschaftsgerichtes.

In der folgenden Schlußbetrachtung werden die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit zusammengefaßt.

II

Die Entwicklung der *vindictio filii vel filiae* vom römischen Recht bis zum Inkrafttreten des BGB.

Die von den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich gewährten und bewerteten Möglichkeiten des Schutzes im Eltern-Kind-Bereich vor Eingriffen Dritter sind von den jeweiligen familienrechtlichen Anschauungen der Völker abhängig und haben im Laufe der Entwicklungsstadien zahlreiche Änderungen erfahren.

1)

Das Recht auf Herausgabe eines Kindes im römischen Recht.

Im römischen Recht stellt sich das elterliche Recht auf Herausgabe eines Kindes auf Grund der besonderen rechtlichen Gestaltung der *patria potestas* als ein vorwiegend väterliches Recht dar¹. Diese die Grundlage des Herausgabeanspruches bildende in der *patria potestas* liegende väterliche Gewalt charakterisierte sich im älteren römischen Recht als die unumschränkte Herrschaft, die ein gewaltfreier Römer über seine Hauskinder inne hatte.

Diese allumfassende, auch das Tötungsrecht einschließende Herrschaftsgewalt des *pater familias* wurde in ihrem Umfang lediglich durch dessen selbstsüchtige und willkürliche Interessen bestimmt².

Über das Wesen dieser *potestas* als ein Eigentumsrecht an den gewaltunterworfenen Kindern oder als ein "*domesticum imperium*"³, bestehen unterschiedliche Auffassungen.⁴ Dennoch ist der These von Eckart⁵ zuzustimmen,

derzufolge man das Verhältnis des Vaters zu seinen Kindern als ein dem Eigentum nahe verwandtes und sehr ähnliches Recht auffaßt⁰. Dieses eigentumsähnliche Recht geht auch aus einer Äußerung des Paulus 1.2. § 2 D. 43.1. hervor: "Sed et illa interdicta... v e l u - t i p r o p r i e t a t i s causam continent. Item illa de liberis exhibendis, quae iuris tuendi causa diximus competere".

Diese mit "rücksichtsloser Energie durchgeführte haus- herrliche Herrschaft"⁷ der patria potestas in ihrer ur- sprünglichen Art ist aber im Justinianischen Recht be- reits überwunden und so weit abgeschwächt, daß hiervon "nur" die Befugnis des Hausvaters zu mäßiger Züchtigung der Hauskinder und zum Verkaufe neugeborener Kinder im Falle äußerster Not verbleibt⁸.

Auf Grund der in der patria potestas verankerten väter- lichen Herrschaftsgewalt, die auch im Justinianischen Recht nicht zum "Erziehungsrecht" abgeschwächt war⁹, konnte der Inhaber der väterlichen Gewalt durch Klage auf Auslieferung des Kindes - das interdictum de liberis exhibendis et ducendis - die Herausgabe des Kindes von jedem verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthielt¹⁰.

Das der Mutter nach den Grundsätzen des ius naturale ge- bührende Erziehungsrecht¹¹ wurde von der väterlichen Ge- walt vollkommen absorbiert, so daß auf den Vater neben allen anderen Rechten auch das ius educationis überging und er grundsätzlich auch gegen die Mutter kraft seiner patria potestas die Herausgabeklage erheben konnte¹².

Einen einzigartigen Fall der Durchbrechung des Primats der patria potestas zu Gunsten des mütterlichen ius educationis stellt im römischen Recht die Gewährung einer Einrede der herausgabebeklagten, von ihrem Ehemann ge- trennt lebenden Mutter, die ihr Kind bei sich hatte, dar,

derzufolge sie das "retinere iustissima causa" ausübe¹³. Diese iustissima causa ist nach 1.3. § 5. die "nequitia patris"; in solchem Falle der nequitia darf sich die Mutter dem Herausgabeanspruch des Vaters widersetzen, aber ohne daß die patria potestas eine Einschränkung erlitt¹⁴.

Während sich der Status des ehelichen Kindes nach dem Zeitpunkt der Konzeption richtet, beurteilt sich im römischen Recht die Rechtsstellung des unehelichen Kindes nach dem Tage seiner Geburt¹⁵.

Da weiterhin nach römischem Recht der Erzeuger eines unehelichen Kindes als unter allen Umständen ungewiß anzusehen ist, konnte er daher auch keinerlei patria potestas und infolgedessen keinen Herausgabeanspruch bezüglich des unehelichen Kindes haben¹⁶. Dieses stand dagegen im Verhältnis zur Mutter und den mütterlichen Verwandten dem ehelichen Kind völlig gleich. Ulpian sieht es als eine "lex naturae" an, daß, wer sine legitimo matrimonio geboren werde, der Mutter folge¹⁷. Da die Mutter des unehelichen Kindes in der Regel ihrerseits unter väterlicher Gewalt stand, kam das uneheliche Kind ohne weiteres unter die patria potestas seines Großvaters mütterlicherseits, der auch das Herausgaberecht an dem unehelichen Enkel geltend machen konnte¹⁸.

Wurde die väterliche Gewalt durch den Tod des Gewalthabers zu einer Zeit beendet, als ein ihr unterworfenen Abkömmling noch unmündig war, bei Knaben unter 14, bei Mädchen unter 12 Jahren, so wurde für deren Sorge ein Vormund berufen¹⁹.

Da das römische Recht unter Vormundschaft vor allem Vermögenssorge verstand²⁰ und die Vormundschaft nur als Surrogat²¹ der väterlichen Gewalt, nicht aber als deren Fortsetzung²² zu verstehen ist, ist es zweifelhaft, ob der Tutor zur Geltendmachung der Herausgabeklage aktiv legitimiert war²³.

2)

Das Recht auf Herausgabe eines Kindes im deutschen und gemeinen Recht.

Der patriarchalischen Familienverfassung entsprechend standen im älteren Recht die von einer muntunterworfenen Frau geborenen ehelichen Kinder unter der munt des Vaters, also unter väterlicher Gewalt²⁴.

Diese Vatermunt war ursprünglich ein selbstnütziges Gewaltrecht, das auch durch die Muttersippe keine Einschränkung erfahren konnte und dem Vater erlaubte, die Kinder zu züchtigen, zu verkaufen und auch zu töten²⁵.

Dem Vater stand daher auch der alleinige Kindesherausgabeanspruch zu. Diese im deutsch-rechtlichen Institut des mundium manifestierte Vorrangstellung des Vaters ist in fränkischer Zeit und im Mittelalter grundsätzlich nicht verändert worden, aber durch die von der Sitte gezogenen Anschauungen und die christliche Lehre gemildert worden. Der in der munt auch liegende Pflichtgedanke, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, wurde verstärkt und die väterlichen Schutz- und Erziehungspflichten betont²⁶. Jedoch ist der Verkauf eines ehelichen Kindes im Falle echter Not zulässig²⁷.

Da die Frau ebenso wie die Kinder der munt des Hausherrn unterworfen war, diese aber nicht mit dem Ehemann teilte, konnte es im alten deutschen Recht nur eine väterliche, keine mütterliche und somit auch keine elterliche Gewalt über die Kinder geben²⁸.

Dennoch war die Mutter nicht "unter der Gewalt des Vaters ein Kind neben Kindern"²⁹, sondern sie trug seit jeher die Mitsorge für die Person der Kinder und verfügte über eine "mütterliche Autorität"³⁰ und damit den Anspruch auf Gehorsam der Kinder³¹.

Durch dieses mütterliche Erziehungsrecht wurde die väterliche Gewalt nicht eingeschränkt, und in Deutschland wurden die Ansätze zur Ausbildung einer Mitgewalt der Mutter durch die Rezeption des römischen Rechts verschüttet³².

Im gemeinen Recht übten zwar beide Elternteile das Erziehungsrecht gemeinschaftlich aus, aber im Kollisionsfalle kam der väterliche Primat auch auf dem Gebiete des Erziehungsrechtes, das die Grundlage des Rechtes auf Herausgabe der Kinder bildete, zum Zuge.

Dabei kann es letztlich dahingestellt bleiben, ob dieses Übergewicht des väterlichen Willens im gemeinen Recht als eine Reminiszenz der römischen patria potestas anzusehen oder auf das deutschrechtliche mundium zurückzuführen ist³³, da beiden Rechtssystemen patriarchalische Rechts- und Familienstrukturen immanent sind.

Die Rechtsstellung der u n ehelichen Kinder war in den verschiedenen Epochen der Rechtsentwicklung verschieden und zum Teil auch von der Art der Verbindung der Eltern abhängig³³.

Das ältere Recht stellte auf die Art der Verbindung ab. Es wurden grundsätzlich neben einer oder mehreren echten Ehen eines Mannes auch Verbindungen mit freien, d.h. nicht muntunterworfenen Frauen anerkannt³⁴.

Obwohl alle daraus hervorgehenden Kinder als unehelich galten, war ihre Rechtsstellung nach der Art der Verbindung unterschiedlich.

Aus einer d a u e r n d e n Geschlechtsverbindung mit einer Freien (Kebsehen, Friedelehen) hervorgehende Kinder (ahd. hornung, mhd. kebeskint/banchart, mlat. bastardus)³⁵, konnten durch förmlichen Rechtsakt des Vaters in sein Haus aufgenommen und dadurch ehelichen Kindern gleichgestellt werden³⁶. Sie konnten erb- und sogar thronfolgefähig werden.³⁷

Diese Kinder standen dann folglich unter der Gewalt des Vaters, der, nun wie bei ehelichen Kindern, auch Inha-

ber des Rechtes auf Herausgabe der Kinder war.

Kinder aus einer (nur) v o r ü b e r g e h e n d e n Verbindung mit einer Freien (Winkel- oder Heckenkinder) konnten dagegen zum Vater in keine Rechtsbeziehung treten und gehörten zur Mutter und der Muttersippe³⁸.

Sklavinnenkinder waren rechtlos³⁹, filii nullius, denn wegen der Unfreiheit der Mutter wurde das Kind unfrei - "das Kind folgt der ärgeren Hand"⁴⁰ - und war im Rechtssinne nicht einmal mit seiner Mutter verwandt.

Im Spätmittelalter wurde unter dem Einfluß der Kirche, die a l l e außerehelichen Geschlechtsverbindungen bekämpfte, die Rechtsstellung der Kebskinder geschmälert und allmählich wurden alle Kinder, die nicht von der rechten Ehefrau geboren waren, als unehelich angesehen⁴¹. Sie standen daher in keiner verwandtschaftlichen Beziehung zum Vater, wohl aber - abgesehen vom Sächsischen Recht - zur Mutter, denn es galt der Satz, daß kein Kind seiner Mutter Kebskind sei (nul n'est bâtard de sa mère)⁴².

Da sowohl nach deutschem als auch nach gemeinem Recht alle vaterlosen Kinder, d. h. alle unehelichen außer den aufgenommenen Kebskindern unter Vormundschaft standen, gebührte dem Vormund das Erziehungs- und damit das Aufenthaltsbestimmungsrecht; dem infolgedessen auch der Herausgabeanspruch zustand⁴³, der jedoch im gemeinen Recht nicht mehr als eine vindicatio bezeichnet werden könne, da das deutsche Recht kein dem Eigentum analoges Recht des Vaters über seine Kinder gekannt habe⁴⁴.

3)

Das Recht auf Herausgabe eines Kindes in den Partikularrechten.

Das preußische Landrecht sowie auch später das sächsische BGB folgten im wesentlichen den Regelungen des

gemeinen Rechts und kannten nur eine väterliche Gewalt, die auch den alleinigen Herausgabeanspruch des Vaters umfaßte. Die Mutter hatte jedoch nach dem Tode des Vaters den Anspruch, unter bestimmten Voraussetzungen zum Vormund bestellt zu werden, sofern der Vater nicht einen Vormund benannt hatte.

Auch das bayerische Landrecht basierte grundsätzlich auf dem gemeinen Recht mit seinem auf der alleinigen väterlichen Gewalt beruhenden Herausgabeanspruch, der nach dem Tode des Vaters auf den Vormund überging, während die Erziehung der Kinder der Mutter überlassen werden konnte, falls deren Lebenswandel keinen Anlaß zu Bedenken gab und der Vater nichts anderes bestimmt hatte.

Auch das dem Code Civil folgende badische Landrecht kannte nur die alleinige väterliche Gewalt, während die Mutter nach dem Tode des Vaters einen Anspruch auf die Vormundschaft und damit auf den Herausgabeanspruch hatte.

Alle diese Partikularrechte enthielten die Regelung, daß vaterlose, d. h. nichteheliche Kinder unter Vormundschaft standen und damit das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Vormund zustand.

Erster Teil

Rechtsnatur und Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs nach § 1632 BGB.

A

Wesen des Herausgabeanspruchs

Die Beurteilung der Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs nach § 1632 BGB war nicht einheitlich und auch heute wird im Schrifttum über das Verhältnis zwischen § 985 und § 1632 keine einhellige Auffassung vertreten.

I

Familienrechtlicher Herausgabeanspruch.

Während das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 17. 9. 1928 beiläufig und damit als selbstverständlich ansehend noch von einem Recht auf den **B e s i t z** des Kindes ausging⁴⁵, lehnte Kipp⁴⁶ das Bestehen eines Besitzrechtes am Kinde und damit auch eine Parallele zur rei vindicatio eindeutig ab.

Später war das Reichsgericht offenbar nicht mehr so "geschmacklos, von einem derartigen Recht zu sprechen"⁴⁷ und schloß sich der allgemein vertretenen und heute überwiegenden Meinung⁴⁸ an, derzufolge der Herausgabeanspruch aus § 1632 ein aus der personenrechtlichen Zuordnung fließender familienrechtlicher Anspruch ist, der in Anlehnung an die Eigentumsherausgabeklage zwar dinglich, d. h. absolut gestaltet ist, sich aber von dieser essentiell dadurch unterscheidet, daß Besitz nicht Anspruchsvoraussetzung ist, weil es einen Besitz an der Person des Kindes oder ein Recht auf seinen Besitz nach allgemeinem Empfinden nicht geben kann.

II

Zur analogen Anwendung der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.

Infolge dieser Auffassung von der Analoggestaltung der vindicatio filii werden trotz grundsätzlicher dogmatischer Trennung zwischen der Rechtsnatur der Ansprüche aus § 985 und § 1632 bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Vorenthalten" in § 1632 Absatz I verschiedentlich Parallelen zu § 985 gezogen. Es handelt sich um jene Fälle, in denen der Herausgabeanspruch gegen den "mittelbaren Störer" - wobei diese Bezeichnung nicht in ihrem spezifisch polizeirechtlichen Sinne zu verstehen ist - gerichtet ist, wie z. B. gegen eine Mutter, die den Aufenthalt des Kindes dem (allein) sorgeberechtigten Vater gegenüber verschweigt oder das Kind bei Dritten, seien es Verwandte, Kinderheime und ähnliches, unterbrachte, die es nicht an den Aufenthaltsbestimmungsberechtigten, d. h. im Regelfall den Personensorgeberechtigten (§ 1631 Abs. I), herausgeben wollen.

Scheffler⁴⁹ argumentiert hier mit einer "Ähnlichkeit zum mittelbaren Besitz" und v. Blume⁵⁰ hält Analogie zur Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers für zulässig. Kipp⁵¹ sucht eine Lösungsmöglichkeit, indem er sich in diesen Fällen mit einem Herausgaberecht "im übertragenen Sinne" gegen den mittelbaren Besitzer behilft.

Alle diese Konstruktionsversuche leiden offenkundig unter dem dogmatischen Mangel, trotz Ablehnung der Anwendbarkeit von Besitzvorschriften bei einer bestimmten Fallgestaltung der vindicatio filii auf besitzrechtliche Vorstellungen mehr oder minder deutlich Bezug zu nehmen und kommen insofern einer Analogie zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Rahmen des familienrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe eines Kindes bedenklich nahe.

III

Ablehnung einer Analogie zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Darstellung des umfassenden und direkten Anwendungsbereichs des familienrechtlichen Herausgabeanspruchs.

Im Gegensatz zu den vorher dargestellten Auffassungen lehnt Gernhuber⁵² jegliche Parallele zu § 985, die am (mittelbaren) Besitz das in § 1632 Abs. I enthaltene Tatbestandsmerkmal des Vorenthalteins verdeutlichen helfen sollen, wegen der Unvereinbarkeit zwischen sachenrechtlicher und personenrechtlicher Zuordnungsnorm ab und gewährt gegen jeden "Störer" direkt den Anspruch aus § 1632.

Eine direkte oder analoge Anwendung der Vorschriften über den Besitz wird auch von Donau⁵³ wegen fehlenden Besitzrechts an einem Kind abgelehnt, läßt aber den Herausgabeanspruch gegen den Dritten als Inhaber der mittelbaren Gewalt zu⁵⁴.

Diese wenn auch wegen der nicht unerheblichen Kongruenz zwischen (mittelbarer) Gewalt und (mittelbarem) Besitz etwas unglücklich formulierte Ansicht führt auf den richtigen, von Gernhuber⁵⁵ aufgezeigten Weg, demzufolge sich das Herausgabeverlangen nach § 1632 gegen j e - d e n richtet, der sich - in welcher Weise auch immer - so verhält, daß es dem Aufenthaltsbestimmungsrecht des oder der Aufenthaltsbestimmungsberechtigten widerspricht.

Dieser direkte familienrechtliche Weg vermeidet einerseits die hilfswise Heranziehung des Besitzrechtes⁵⁶, das es nach einhelliger Meinung in bezug auf die Kinder nicht gibt⁵⁷, und trägt andererseits dem besonderen familienrechtlichen, auf der elterlichen Gewalt basierenden Charakter des Herausgabeanspruchs Rechnung. Da die Geltendmachung dieses Anspruchs als Ausübung elterlicher Gewalt gleichzeitig stets Pflichterfüllung

dem Kind gegenüber zu dessen Wohl darstellt⁵⁸, ist gegen jeden wie auch immer gearteten widerrechtlichen Eingriff in dieses elterliche P f l i c h t r e c h t, vgl. § 1631 Abs. I, der familienrechtliche Anspruch aus § 1632 gegeben, ohne daß es einer "geistigen Anleihe" bei sachenrechtlichen Rechtsinstituten oder anderweitiger Hilfskonstruktionen bedarf.

B

Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs

Da das Aufenthaltsbestimmungsrecht des § 1631 und somit der Herausgabeanspruch gemäß § 1632 nach § 1626 Absatz I einen Unterfall der den Eltern zustehenden elterlichen Gewalt aus dem Bereich der Personensorge darstellt, ist zunächst der Begriff des Elternrechts im Grundgesetz und Bürgerlichen Gesetzbuch zu erörtern und anschließend der Kreis der Inhaber dieses Elternrechts zu bestimmen.

I

Der Begriff des Elternrechts im Grundgesetz und Bürgerlichen Gesetzbuch.

In Art. 6 Abs. II Satz 1 GG wird die Pflege und Erziehung der Kinder als das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuzuerst obliegende Pflicht bezeichnet. Diese in ihrer Formulierung zum Teil an Artikel 120⁵⁹ der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 angelehnte Verfassungsnorm ist jedoch nicht nur Programmsatz und bindende Auslegungsregel, sondern Art. 1 Abs. III des Grundgesetzes bestimmt ausdrücklich, daß die nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als u n m i t t e l b a r g e l t e n d e s Recht binden, so daß Art. 6 Abs. II ein

e c h t e s G r u n d r e c h t⁶⁰ im Gegensatz z. B. zu Art. 120 WR⁶¹ darstellt. Daraus folgt, daß zu seiner Wirksamkeit keine Umformung durch weiteren Rechtsatz erforderlich ist, sondern bei Auslegung und Anwendung der Gesetze ist daher die sich aus dem Eltern-Grundrecht des Art. 6 Abs. II GG unmittelbar ergebende Konstellation zu beachten⁶² und somit sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Berücksichtigung der sich aus Art. 6 Abs. II GG ergebenden Wertordnung verfassungskonform auszulegen⁶³.

Obwohl das Bundesverfassungsgericht feststellte⁶⁴, daß jeder Richter bei Auslegung und Anwendung einfachen Rechtes den Einfluß der Grundrechte auf alle Bereiche des einfachen Rechtes zu beachten habe, gehört die Frage des Einflusses der Grundrechte auf das Zivilrecht seit Inkrafttreten des Grundgesetzes zu den umstrittensten Problemen der modernen Zivil- und Staatsrechtsdogmatik, und seit neuerer Zeit wird auch der Auswirkung der Grundrechte auf das Familienrecht zunehmende Beachtung geschenkt⁶⁵.

Das Grundgesetz, das in Art. 6 Abs. II Satz 1 den Eltern die Pflege und Erziehung der Kinder auferlegt, gestaltet das Elternrecht als ein natürliches Pflichtrecht⁶⁶ der Eltern mit Abwehrcharakter gegenüber unzulässigen, d. h. nicht durch das "Wächteramt" begründeten Eingriffen des Staates in dieses Recht. In der summarisch normierten Pflicht zur Pflege und Erziehung der Kinder sieht der Verfassungsgeber also die wesensmäßige Funktion des Eltern-Grundrechts, ohne diese näher zu definieren. Es wird in der Verfassung nur der eigentliche Kernbereich der den Eltern nach natürlicher Auffassung zustehenden Befugnisse und Aufgaben umschrieben, der in das Zivilrecht hineinwirkt, indem er in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches seine Präzisierung und Konkretisierung erfährt⁶⁷.

Der Inhalt des als Grundrecht verfassungsrechtlich geschützten Elternrechts hat also seine konkrete normative Ausgestaltung in den bürgerlich-rechtlichen Regelungen über die "elterliche Gewalt"⁶⁸ der §§ 1626 ff. BGB erhalten. Daraus folgt, daß das in Art. 6 Abs. II GG verfassungsmäßig geschützte Elternrecht - soweit es das bürgerliche Recht betrifft - mit dem Bereich der elterlichen Rechte und Pflichten, wie er in den Vorschriften der §§ 1626 ff. BGB zum Ausdruck kommt, weitgehend synchron gelagert ist⁶⁹. Durch die in Art. 6 des Grundgesetzes enthaltenen verbindlichen Wertentscheidungen für den **g e s a m t e n** Bereich des die Ehe und Familie betreffenden Rechtes, enthält auch das im Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich als Zivilrecht kodifizierte Familienrecht seinen prinzipiellen, quasi übergeordneten öffentlich-rechtlichen Einschlag.

Inwieweit im einzelnen eine Kongruenz zwischen dem verfassungsmäßigen Elternrecht und der zivilistischen elterlichen Gewalt gegeben ist und welche Folgerungen sich daraus für den Herausgabeanspruch ergeben, wird im Anschluß an die Bestimmung des Kreises der Träger des Elternrechtes erörtert werden.

II

Der Kreis der Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. II des Grundgesetzes.

Die Qualifizierung des Elternrechtes als eines Grundrechts mit Schutz- und Fürsorgecharakter⁷⁰ läßt noch keinen Rückschluß auf den Kreis der Inhaber dieses Elternrechtes zu.

Das Bundesverfassungsgericht hat zu der allgemein umstrittenen Frage, welche Personen im einzelnen als Träger des im Grundgesetz verbürgten Elternrechtes anzusehen sind, bisher nur in konkreten Einzelfällen Stellung

genommen und den Elternbegriff im Sinne des Art. 6 Abs. II GG nicht allgemein definiert.

Daher läßt sich im Schrifttum und in der Rechtsprechung lediglich Übereinstimmung dahin erkennen, daß als Inhaber des Elternrechtes kraft Naturrechts nur die leiblichen Eltern eines ehelich geborenen⁷¹ oder durch nachfolgende Ehe legitimierten Kindes⁷² (§ 1719 BGB) anzusehen sind.

Nach streitiger Ansicht können jedoch Träger des Elternrechtes kraft positiven Verfassungsrechtes auch Personen sein, die durch positives Recht im Verhältnis zu einem Kind zu "Eltern" geworden sind.

Es ist dann weiterhin streitig, welche Personen unter diesen positiv-rechtlichen Elternbegriff fallen und es werden die unterschiedlichsten Meinungen vertreten⁷³.

Im folgenden wird daher untersucht, bei welchen Personengruppen ein Elternrecht bejaht werden kann oder verneint werden muß und welche Standpunkte zu den einzelnen Fragen in Literatur und Rechtsprechung vertreten werden. Es handelt sich dabei insbesondere um die Problematik naturrechtlicher oder biologisch-natürlicher Begründung des Elternrechtes und weiterhin um die Frage, ob einerseits die biologisch-natürliche Beziehung zwischen Eltern und Kind zur Begründung eines Elternrechtes *s t e t s* ausreicht (Stellung der nichtehelichen Eltern) und andererseits um die Frage, ob *n u r* und allein die biologisch-natürliche Eigenschaft das Elternrecht begründen kann (Stellung der Adoptiv- bzw. der Pflegeeltern, des Vormundes und des Scheinvaters).

1)

Darstellung und Beurteilung der Problematik einer naturrechtlichen oder biologisch-natürlichen Begründung des Elternrechtes.

Aus den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes in den Entscheidungen zur Gleichordnung von Vater und Mut-

ter⁷⁴ und zu § 1747 Abs. III⁷⁵ - soweit sich diese allgemein mit dem Wesen und Inhalt des Elternrechtes befassen - lassen sich einige vom Bundesverfassungsgericht für maßgebend erachtete Kriterien für den Elternbegriff des Grundgesetzes herausarbeiten. So wird festgestellt, daß im Bereich des Artikels 6 als Prüfungsmaßstab nur die Verfassung in Betracht komme, und naturrechtliche Vorstellungen bei der verfassungsmäßigen Beurteilung außer Betracht bleiben⁷⁶. Die Konsequenz dieser Auffassung besteht darin, daß nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. II, demzufolge das Elternrecht ein "natürliches" ist, nicht der Schluß gezogen werden kann, daß es sich um ein aus unmittelbar verbindlichen naturrechtlichen Vorstellungen herzuleitendes Recht handle. In der Adoptionentscheidung⁷⁷ wird dann unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gleichordnungsentscheidung nochmals speziell für das Elternrecht festgestellt, daß sich dessen Charakter nicht auf eine überpositiv unmittelbar verbindliche Ordnung stützen lasse. Die Begründung des Elternrechts beruhe vielmehr auf dem biologisch-natürlichen Vorgang der Zeugung und Geburt, denn "der Verfassungsgeber geht davon aus, daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen"⁷⁸.

Die Gegenmeinung vertritt die Auffassung, daß die Auslegung des verfassungsrechtlichen Elternbegriffs sich an der katholischen Naturrechtslehre zu orientieren habe⁷⁹.

Diese Ansicht, die auch in der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes ihren Niederschlag fand⁸⁰, wurde jedoch schon zu Art. 120 WRV, der ebenfalls von einem "natürlichen" Recht der Eltern sprach, von der herrschenden Meinung abgelehnt, die das Elternrecht nicht als unmittelbar verbindliches Naturrecht ansah, sondern

als ein von der Verfassung gewährleistetes subjektives öffentliches Recht, dessen juristische Qualität in keiner Weise anders zu beurteilen sei, als das sonstige subjektive Recht⁸¹. Bei der Beurteilung des naturrechtlichen oder positiv-rechtlichen Charakters des Elternrechtes nach dem Grundgesetz ist - zumindest insofern - ein Rückgriff auf Art. 120 WRV nicht fehl am Platze⁸², da wegen des in beiden Verfassungen übereinstimmenden Wortlautes ("natürliches" Recht) die Fragestellung gleich gelagert ist und unabhängig von der verschiedenen Grundkonzeption der beiden Normen, derzufolge die Weimarer Verfassung lediglich eine Instituts-garantie enthält, während das Grundgesetz nach der auch vom Bundesverfassungsgericht bestätigten Auslegung des Art. 6 Abs. II ein echtes Grundrecht verbürgt, beantwortet werden kann.

Ausgehend von dieser übereinstimmenden Interessenlage ist daher festzustellen, daß weder in der Weimarer Verfassung noch im Bonner Grundgesetz die Bezeichnung des Elternrechtes als eines "natürlichen" Rechts nicht die Erhöhung des Elternrechtes in die Sphäre des überstaatlichen oder eines für die staatliche Gesetzgebungshoheit unantastbaren Naturrechtes irgendwelcher Art bedeutet⁸³. Der Verfassungsgeber will lediglich zum Ausdruck bringen, daß das Elternrecht zwar vom Staate verliehen sei und als ein vom Staate vorgefundenes aus dem Naturrecht hervorgehendes vorstaatliches Recht anzusehen sei, daß aber dieses Elternrecht nicht als ein über dem staatlichen Recht stehendes Naturrecht der Gesetzgebungshoheit des Staates entrückt sei und positiv-rechtlich als ein der staatlichen Rechtsordnung zugehöriges Recht ausgestaltet wird⁸⁴.

Diese Ablehnung einer unmittelbaren Verbindlichkeit naturrechtlicher Vorstellungen zur Auslegung des Elternbegriffes entspricht auch dem Leitbild des Grundgesetzes von dem selbstverantwortlichen mündigen Menschen

und dem durchaus auf Rechtspositivismus eingestellten Charakter unserer gesamten Rechtsordnung.

Die Definitionsversuche des Elternbegriffes auf ausschließlich naturrechtlicher Basis, die zu einer starken Beschränkung des Kreises der Grundrechtsinhaber führen⁸⁵, sind daher abzulehnen. Diese Auffassung trägt auch am besten der Institutsgarantie von Grundrechten im familiären Bereich Rechnung, in dem die Verfassungsordnung an bestimmte soziale, in erster Reihe - aber nicht ausschließlich - auf natürlichen Bindungen beruhende Beziehungen personaler Art anknüpft⁸⁶.

Die Ablehnung eines ausschließlich an bestimmten naturrechtlichen Leitbildern orientierten Elternbegriffes zugunsten eines primär auf das durch Zeugung und Geburt begründete natürliche Verhältnis zwischen einem Kind und seinen leiblichen Eltern stellt jedoch noch keine unter Einschluß einer positiv-rechtlichen Regelungsbefugnis durch den Gesetz- und Verfassungsgeber konkrete Antwort auf die Frage dar, ob die biologische Elternschaft **a l l e i n** zur Begründung des grundrechtlich geschützten Elternbegriffes ausreicht und ob das Elternrecht **n u r** durch die biologische Elternschaft begründet werden kann.

Die Fragen des Verhältnisses der biologischen Elternschaft zum verfassungsmäßigen Elternrecht sollen daher anhand der nichtehelichen Eltern Gegenstand der folgenden Erörterungen sein, denen sich anhand der Pflege- bzw. Adoptiveltern, des Vormunds bzw. Pflegers und des Scheinvaters die Erörterung des Verhältnisses zwischen verfassungsmäßigem Elternrecht und nicht-blutsmäßiger Elternschaft oder dieser ähnlicher Stellungen anschließt.

2)

Die nichteheliche Mutter

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 29. 7. 1968 ausdrücklich anerkannt, daß der Schutz des Art. 6 Abs. II GG nicht nur den ehelichen Eltern, sondern auch der Mutter eines außerehelich geborenen Kindes zukommt⁸⁸. Offenbar wurde diese Feststellung für so selbstverständlich gehalten, daß sie ohne Begründung und ohne Eingehen auf die Gegenstimmen erfolgte⁸⁹.

Ausgehend von der biologisch-natürlichen Tatsache der Geburt kann der Mutter ein "natürliches Recht", das im Plural als "natürliches Elternrecht" bezeichnet werden müßte, schwerlich abgesprochen werden. Es ist aber entgegen der vom Bundesverfassungsgericht vertretenen Auffassung durchaus nicht selbstverständlich, ob diese biologische Mutter-Kind-Beziehung im Falle nichtehelicher Mutterschaft in den Bereich des grundrechtlich verbürgten Elternrechtes des Art. 6 Abs. II GG mit einzubeziehen ist.

Von einer Minderheit wird die Auffassung vertreten, daß die nichteheliche Mutter nicht als Trägerin des Elternrechtes angesehen werden könne. So stellt Wernicke⁹⁰ fest, daß dieses Grundrecht nach Sinn und Aufbau der Absätze I und II des Art. 6 GG unzweifelhaft nicht für die uneheliche Mutter in Frage komme.

Hansmann folgt diesem ausschließlich auf die ehelichen Eltern beschränkten Elternbegriff, indem er die Absätze I und II in einen interpretationsmäßig relevanten Zusammenhang bringt und Abs. II anhand des Abs. I definiert⁹¹. Daraus folgert er, daß der Schutz der Familie nur die Gemeinschaft der "Ehe"-Leute mit ihren Kindern umfasse, nicht aber auf andere eheähnliche Verbindungen Anwendung finden könne, denn eine nicht an der Ehe orientierte Auslegung des Familienbegriffes würde

unbeachtet lassen, daß ein "besonderer" Schutz der Ehe dort ausgeschlossen sei, wo den eheähnlichen Gemeinschaften die gleichen Rechte zugebilligt werden wie den Eheleuten. Außerdem beziehe sich der Schutz der Familie in Abs. I nur auf Eheleute mit ihren Kindern, nicht aber auch auf das Verhältnis nichtehelicher Eltern zu ihrem Kind, wie sich aus der Regelung des Art. 6 Abs. V erkennen lasse⁹².

Auch Niclas⁹³ verneint ein Elternrecht der nichtehelichen Mutter, da weder die Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau, noch Art. 6 Abs. II GG, der als Teil des in Abs. I verkörperten Grundrechtes von dem Verfassungsgeber gedacht und zu sehen sei, die Rechtsstellung der nichtehelichen Mutter geändert hätten.

Demgegenüber vertritt die herrschende Meinung zu Recht den Standpunkt, daß auch der nichtehelichen Mutter das Elternrecht im Sinne des Art. 6 Abs. II GG nicht versagt werden kann⁹⁴.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch umfaßt der Elternbegriff zumindest die nichteheliche Mutter⁹⁵. Ausgehend von der natürlichen engen Bindung zwischen einem Kind und seiner - wenn auch nichtehelichen - Mutter, besteht zwischen Mutter und Kind eine tatsächliche und rechtliche Familiengemeinschaft⁹⁶.

Dieser These von der Mutter-Kind-Familie trug auch schon früher der Gesetzgeber durch die Regelung des § 1705 a.F. Rechnung, indem er dem nichtehelichen Kind im Verhältnis zu seiner Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes gewährte. Darüber hinaus wurde das in § 1707 a.F. der Mutter obliegende Sorgerecht mit Wirkung vom 1. 7. 1970 wesentlich gestärkt und in § 1705 n. F. der nichtehelichen Mutter grundsätzlich die elterliche Gewalt über ihr nichteheliches Kind kraft Gesetzes zuerkannt⁹⁷. Das Sorgerecht der nichtehelichen Mutter wurde demnach zu Recht vom Gesetzgeber als nicht ausreichend zum Zwecke der Pflege und Erziehung des nichtehelichen Kindes

empfunden und als eine den Beziehungen der Mutter-Kind-Familiengemeinschaft nicht hinlänglich gerecht werdende Lösung erachtet. Diese grundsätzliche Befürwortung der Stärkung der elterlichen Gewalt der nichtehelichen Mutter, die in § 1706 n. F. sogleich wieder Einschränkungen unterworfen wird, stellt in ihren Konsequenzen auch nicht die rechtspolitisch fragwürdige und verfassungsrechtlich untersagte v o l l e Gleichbehandlung von Ehe und Nicht-Ehe-Tatbestand dar⁹⁸, sondern trägt vielmehr der Grundtendenz zur Abwehrriechung des Art. 6 Abs. II GG Rechnung, derzufolge auch nichteheliche Kinder primär von ihren Eltern und nicht vom Staat Pflege und Erziehung erhalten sollen⁹⁹.

Auch die Regelung des Art. 6 Abs. I GG steht dem Schutz des Elternrechtes der nichtehelichen Mutter nicht entgegen.

Selbst falls man RUFNER nicht folgen will, der einen engen Zusammenhang zwischen den Absätzen I und II des Art. 6 von der Entstehungsgeschichte ablehnt¹⁰⁰, und die Auffassung teilt, daß die Absätze II und III eine besondere grundrechtliche Teilausgestaltung und Erläuterung des in Abs. I enthaltenen allgemeinen Schutzgedankens darstellen, die durch Abs. I ergänzend zu interpretieren sind¹⁰¹, ist ein Elternrecht der nichtehelichen Mutter anzuerkennen. Bei dem Familienbegriff des Art. 6 Abs. I ist zunächst zwar von der ehelichen Familie, bestehend aus Ehegatten und Kindern, auszugehen. Obwohl der Familienbegriff von der Ehegemeinschaft ausgeht, ist er jedoch nicht auf diese Form beschränkt, sondern auch im natürlichen soziologischen Sinne zu verstehen. Aus der Verknüpfung dieses modifizierten verfassungsrechtlichen Familienbegriffs folgt, daß er auch eine "unvollständige" Familie, wie z. B. die Gemeinschaft der nichtehelichen Mutter mit ihrem Kinde, umfaßt¹⁰².

Diese auch die nichteheliche Mutter und ihr Kind einbeziehende Interpretation des Familienbegriffes in Art. 6 Abs. I GG wird auch durch Abs. III bestätigt, denn der dort wiederkehrende Familienbegriff beschränkt sich nicht nur auf die Ehegemeinschaft, sondern auf alle Gemeinschaften zwischen Erziehungsberechtigten und ihnen anvertrauten Kindern¹⁰³. Gegen die Heranziehung des in Abs. III gemeinten Familienbegriffes für die Interpretation des in Abs. I verwandten Begriffes der Familie bestehen auch keine Bedenken, da für eine unterschiedliche Auslegung des Familienbegriffes in den verschiedenen Absätzen des gleichen Artikels des Grundgesetzes keine Veranlassung besteht¹⁰⁴.

Artikel 6 GG, der einen Ausgleich zwischen dem Schutz der Ehe und der Förderung des nichtehelichen Kindes sucht und postuliert, steht insofern im Spannungsfeld zwischen Ehe bzw. legitimer Familie und nichtehelicher Elternschaft. Abs. V, der seinem Wortlaut nach nur das nichteheliche Kind fördern will, wäre in seiner praktischen Wirkung weitgehend paralysiert, wenn er nicht auch gleichzeitig das verfassungsrechtliche Gebot einer Besserstellung der nichtehelichen Mutter beinhalten würde. Wenn für das nichteheliche Kind die gleichen gesellschaftlichen und seelischen Bedingungen Geltung haben sollen wie für das eheliche Kind, dann muß damit auch automatisch die Stellung der nichtehelichen Mutter, bei der es in aller Regel lebt und mit der es eine Familiengemeinschaft bildet, entsprechend verbessert werden, denn die soziale Geltung des nichtehelichen Kindes ist untrennbar eng mit der sozialen Stellung seiner nichtehelichen Mutter verknüpft¹⁰⁵.

Die Anerkennung des Elternrechtes der nichtehelichen Mutter kollidiert auch insofern nicht mit Abs. I, da sie keine Gleichstellung zwischen ehelicher und nichtehelicher Elternschaft bedeutet, sondern im Verhältnis Mutter-Kind der nichtehelichen Mutter eine G l e i c h -

a r t i g k e i t der Bedingungen im familiären und sozialen Bereich zuerkennt, ohne jedoch eine G l e i c h w e r t i g k e i t zwischen ehelicher und nichtehelicher Familiengemeinschaft zu bedeuten. Durch ein grundrechtlich geschütztes Elternrecht der nichtehelichen Mutter wird weder die illegitime Geschlechtsgemeinschaft geschützt, noch der Schutz von Ehe und Familie gefährdet oder sozial diskreditiert.

Dieses grundrechtlich verbürgte Elternrecht der nichtehelichen Mutter könnte dann aber nur ein uneingeschränktes¹⁰⁶ nach Maßgabe des Art. 6 Abs. II sein, und kann nicht im verfassungsrechtlichen Bereich auf ein Teilrecht begrenzt werden¹⁰⁷.

3)

Der nichteheliche Vater.

Das Bundesverfassungsgericht hat zu der Frage, ob der nichteheliche Vater Träger des durch Art. 6 Abs. II GG geschützten Elternrechtes ist, noch nicht Stellung genommen.

Die überwiegende Auffassung im Schrifttum steht diesem Problem ablehnend gegenüber und führt im wesentlichen das Wohl des Kindes, die Grundlagen des Familienrechtes und den Schutzzweck des Art. 6 Abs. I GG zur Begründung an¹⁰⁸.

Ansatzpunkt der Untersuchung sollte weniger die Frage der Intensität der bestehenden oder möglichen persönlichen Beziehungen zwischen dem nichtehelichen Vater und seinem Kind sein, sondern es ist von der These auszugehen, "daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen"¹⁰⁹. Ob der Vater im konkreten Einzelfall zur Übernahme die-

ser Verantwortung willens und fähig ist, mag zwar durchaus fraglich sein, ist hier aber irrelevant, da das Grundgesetz von der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit ausgeht¹¹⁰. Diese im Mittelpunkt der Verfassung stehende Grundmaxime von der Selbstverantwortlichkeit des mündigen Bürgers leitet dann über zum Elternrecht, das durch seinen Schutz- und Fürsorgecharakter seine innere Rechtfertigung erhält¹¹¹. Dabei ist der blutmäßigen Vater-Kind-Bindung wesentliche Bedeutung beizumessen und Mutter sowie Erzeuger müssen als Eltern Teile gesehen und entsprechend behandelt werden¹¹². Durch Einbeziehung des Vaters in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. II GG wird auch die soziale Deklassierung des nichtehelichen Kindes abzubauen geholfen, denn die Diskreditierung des nichtehelichen Vaters als einer im Bereich des Art. 6 Abs. II GG verfassungsrechtlichen Null entspricht nicht mehr dem heutigen Verständnis vom selbstverantwortlichen Menschen und dem in erster Linie als Elternverantwortung verstandenen Elternrecht.

Diesem väterlichen Elternrecht sind im Interesse des Kindeswohles durch Art. 6 Abs. II Satz 2 GG relativ enge Grenzen zu setzen, aber die grundsätzliche Anerkennung eines verfassungsrechtlich geschützten Elternrechtes des nichtehelichen Vaters würde durch eine relativ enge Grenzziehung des Abs. II Satz 2 in ihrem Wesensgehalt nicht berührt werden, denn unter den Schutz des Art. 6 Abs. II GG können auch jene Personen fallen, denen keine elterliche Gewalt (mehr) zusteht¹¹³.

Weiterhin ist zugunsten der verfassungsrechtlichen Stellung des nichtehelichen Vaters die gesetzliche Anerkennung der Verwandtschaft zwischen ihm und seinem Kind durch ersatzlose Streichung¹¹⁴ des Abs. II des § 1589 zu beachten. Dadurch ist die bisherige Verwandtschafts-negation zwischen nichtehelichem Vater und seinem Kind entfallen und es erscheint nicht abwegig, im Falle des

Zusammenlebens der Eltern sogar eine unter Art. 6 Abs. I GG fallende Familiengemeinschaft annehmen zu können. Zweifellos ist es gerade im Zusammenhang mit der erfolgten Reform des Nichtehelichenrechtes geboten, auch im verfassungsrechtlichen Bereich die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen und der neuen zivilrechtlichen Verwandtschaftsregelung zwischen nichtehelichem Vater und seinem Kind im BGB das verfassungsrechtliche Pendant in Form der Zuerkennung des grundrechtlich verbürgten väterlichen Elternrechtes folgen zu lassen.

Auch die Einführung eines neuen zivilrechtlichen Begriffes der "außerehelichen Vaterschaft" als einer Verwandtschaft *sui generis*¹¹⁵ würde an der natürlichen Bindung zwischen Vater und nichtehelichem Kind nicht vorbeiführen können. Im übrigen bestehen gegen die Anerkennung des Elternrechtes des nichtehelichen Vaters keine grundsätzlichen Bedenken mehr, da eine durch das Kindeswohl erforderliche enge Grenzziehung durch Art. 6 Abs. II Satz 2 stets als Regulativ zur Seite steht. Auch bei Ablehnung der Auffassung, daß für die Eltern-Kind-Beziehung Art. 6 Abs. II und III eine Vorrangstellung gegenüber Abs. I innehaben, ist ein grundrechtlich verbürgtes Elternrecht des nichtehelichen Vaters anzuerkennen, das dann schon von vornherein auf den verfassungsrechtlichen Primat des Erziehungsrechtes des Abs. II Satz 1 beschränkt ist und weiterhin durch das Kindeswohl nach Abs. II Satz 2 eingegrenzt wird, während sich bei Anerkennung einer Spezialität der Abs. II und III gegenüber Abs. I die Beschränkung des Elternrechtes des nichtehelichen Vaters ausschließlich aus Art. 6 Abs. II Satz 2 ergibt.

Das dem nichtehelichen Vater grundsätzlich zuzuerkennende grundrechtlich verbürgte Elternrecht kann daher stets auch im verfassungsrechtlichen Bereich nur ein durch Art. 6 Abs. II beschränktes und an den Interes-

sen und dem Wohle des Kindes orientiertes Recht sein¹¹⁶. Unter diesem Vorbehalt des staatlichen Wächteramtes stehen jedoch a l l e durch Art. 6 GG geschützten Elternrechte, so daß eine zusätzliche Einschränkung des verfassungsmäßigen Elternrechtes des nichtehelichen Vaters durch Art. 6 weder vertretbar noch erforderlich ist.

4)

Die Adoptiveltern.

Bei den Adoptiveltern handelt es sich wie bei allen Personengruppen, die den Komplex der rechtlichen Eltern und sonstigen Erziehungsberechtigten in Artikel 6 GG bilden, um die grundsätzliche Frage, ob trotz fehlender biologisch-natürlicher Elternschaft ein Elternrecht im Sinne des Art. 6 Abs. II GG begründet werden kann.

Die Auffassung zu diesem Problem ist uneinheitlich. Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, daß den rechtlichen Eltern und damit auch den Adoptiveltern kein Grundrechtsschutz nach Art. 6 Abs. II GG zukomme, da dieser ausschließlich den natürlichen Eltern gebühre und durch Art. 6 Abs. III ein hinreichender Schutz der Adoptiveltern bestehe¹¹⁷.

Das Bundesverfassungsgericht ist in seiner Adoptionsentscheidung vom 29. 7. 1968 im Ergebnis der Gegenmeinung gefolgt und hat den Adoptiveltern zu Recht das in Art. 6 Abs. II GG verbürgte Grundrecht zuerkannt¹¹⁸.

Dabei hat es weniger auf den verfassungsrechtlichen Begriff der "rechtlichen Eltern", denen kraft positiven Verfassungsrechts elterliche Rechte und Pflichten eingeräumt werden¹¹⁹, abgestellt, sondern hat sich vielmehr von dem Sinn und Zweck des Rechtsinstitutes der Adoption leiten lassen, die auf Grund des Wächteramtes des Staates nicht nur repressiv in dem Schutz vor ver-

sagenden Eltern bestehe, sondern darüber hinaus auch präventiv die Aufgabe umfasse, bei derartigem Elternversagen geeignete Lebensbedingungen für ein gesundes Aufwachsen der Kinder - ggf. auch durch Adoption - zu gewährleisten¹²⁰.

Ausgehend von der These, daß der Begriff der Eltern im Sinne des Art. 6 Abs. II GG aus der gesamten Rechtsordnung heraus auszulegen ist, stellt sich die Adoption als ein Rechtsinstitut dar, dessen besondere Eigenart darin besteht, die Familie gerade nicht nur als eine Geschlechtsgemeinschaft und Zeugungsgruppe anzusehen, sondern sie als soziale Gemeinschaft zu verstehen, die primär durch den Konsensus zweier Menschen gebildet wird, ein Kind wie Vater und Mutter als das ihrige anzuerkennen und für dieses gemeinsam mit allen daraus folgenden Rechten und Pflichten zu sorgen. Bei der Adoption, die sich auf Grund der zwischen Adoptiveltern und Adoptivkind bestehenden Familien- und Ehegemeinschaft als ein "auf Dauer angelegter Rechts- und Lebenstatbestand" darstellt¹²¹, handelt es sich auch nicht um einen "Eltern-t a u s c h", denn auf Grund der nicht vorhandenen Bereitschaft der leiblichen Eltern, ihre Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen, erhält das Kind Eltern, die im Sinne des Grundgesetzes diesen Namen verdienen, weil sie bereit sind, die mit dem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflichten auf sich zu nehmen, erst durch die Adoption, "während ein verfassungsrechtlich schutzwürdiges Recht der natürlichen Eltern nicht mehr besteht"¹²².

Während sich also die Garantie des Adoptionsrechtes¹²³ aus der im Wächteramt des Staates liegenden Aufgabe zur Schaffung geeigneter Lebensbedingungen für ein gesundes Aufwachsen der Kinder, zu der nach der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. II die grundsätzliche Zurückweisung eines primären staatlichen Erziehungsanspruches auch in

persönllicher Hinsicht gehört, ergibt, werden die Adoptiveltern zu originären Trägern des Eltern-Grundrechtes aus Art. 6 Abs. II durch die Adoption.

Das Bundesverfassungsgericht geht mithin auch als offenbar selbstverständlich ansehend zu Recht davon aus, daß eine auf die Eigenart des Begründungsaktes der Beziehungen zum Adoptivkind abstellende Definition des in Art. 6 Abs. II enthaltenen Elternbegriffes abzulehnen ist und daß nicht nur leibliche Eltern, sondern auch andere Personen durch die Rechtsordnung zu Eltern werden können.

Der Begründungsakt zwischen Adoptiveltern und Adoptivkind ist zweifellos nicht biologisch-natürlicher Art. Er beruht zunächst auf dem privatrechtlichen Annahmevertrag. Die Annahme tritt jedoch erst mit dem staatlichen Hoheitsakt der vormundschaftsgerichtlichen Bestätigung (§§ 1741, 1754) in Kraft. Diese Annäherung der Adoption an den hoheitlichen Bereich wird noch dadurch verstärkt, daß die Adoption zunehmend als Schutz- und Fürsorgemaßnahme angesehen wird, bei der die zivilrechtliche Komponente zugunsten einer Verstärkung des öffentlich-rechtlichen Momentes zurückgedrängt wird¹²⁴. Diese zunehmende Beurteilung der Adoption als einer öffentlich-rechtlichen Schutz- und Fürsorgemaßnahme für Kinder, die nicht bei ihren leiblichen Eltern aufwachsen können, wird durch die Betonung des Kindeswohles gekennzeichnet und trägt daher die ratio für ein Elternrecht der Adoptiveltern in sich: Waren die leiblichen Eltern nicht (mehr) bereit, ihre natürliche Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen, dann bestand gar kein verfassungsrechtlich schutzwürdiges Recht der leiblichen Eltern mehr und es wird durch die im Interesse des Kindeswohles gebotene Adoption lediglich jener Zustand erreicht, der vor der Adoption nicht bestand, nämlich die Knüpfung eines dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis entsprechenden Familienbandes, weil das Kind "wirkliche", d. h. nicht un-

bedingt leibliche, sondern vor allem fürsorgende verantwortungsbewußte Eltern erst durch die Adoption erhält, also vorher gar nicht (mehr) hatte¹²⁵. Auch die Adoptiveltern sind Träger des in diesem Sinne zu verstehenden "natürlichen" Elternrechtes, da dieses für sie aus der Natur der Sache folgt, d. h. aus ihrer ausdrücklich anerkannten Pflichtbindung innerhalb der von der Rechtsordnung anerkannten und mit dem Adoptivkind begründeten Familiengemeinschaft. Überhaupt weist das Bestehen eines Rechtsinstitutes der Kindesannahme ganz allgemein darauf hin, daß elterliche Rechte und Pflichten sich nicht ausschließlich auf den Tatbestand der biologischen Elternschaft stützen lassen, sondern vielmehr ganz wesentlich von der Aufnahme und Eingliederung eines Kindes in die Familiengemeinschaft abhängig sind und eine echte Eltern-Kind-Beziehung im Sinne eines wohlverstandenen pflichtgebundenen Elternrechtes durchaus auch ohne blutsmäßige Bindung geschaffen werden kann¹²⁶.

Diese weniger biologisch-natürlich, sondern mehr fürsorgersch-soziologisch motivierte Definition des in Art. 6 Abs. II GG enthaltenen Elternbegriffes läßt dann auch für die Konstruktion einer durch die Adoption kraft Gesetzes auf die Adoptiveltern übertragenen A u s - ü b u n g s b e f u g n i s des den leiblichen Eltern zustehenden Elternrechtes¹²⁷ keinen Raum, da mit der Feststellung, daß ein schutzwürdiges Recht der Eltern nicht mehr besteht und das Elternrecht in seinem Wesensgehalt nicht angetastet wird, wenn sich die leiblichen Eltern ihrer verfassungsmäßigen Verantwortung entziehen¹²⁸, der Streit um die sogenannte Substanztheorie¹²⁹ gegenstandslos geworden ist und es daher nicht mehr der Konstruktion bedarf, daß eine Entziehung oder Verwirkung der elterlichen Gewalt wegen Art. 19 Abs. II GG verfassungsrechtlich nur bedeuten könne, daß allein die Ausübung des Elternrechtes beschränkt werde.

5)

Der Vormund und Pfleger.

Die Frage, ob Vormund und Pfleger als Träger des durch Art. 6 Abs. II GG grundrechtlich geschützten Pflege- und Erziehungsrechtes angesehen werden können, ist sehr strittig.

Auf Grund der verschiedenen Arten von Vormundschaft ist eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich, die zwischen BGB-Vormundschaft über Minderjährige, BGB-Vormundschaft über Volljährige und der Amtsvormundschaft unterscheidet.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner sog. Anstaltsentscheidung vom 10. 2. 1960¹³⁰ elterliche Gewalt und Vormundschaft gegenübergestellt und eine Verletzung des Art. 6 GG durch eine Beschränkung vormundschaftlicher Befugnisse ganz allgemein verneint. Generell wird die Erstreckung des Art. 6 Abs. II auf die Einzelvormundschaft abgelehnt, weil der Vormund nicht Mitglied der Familie und seine Gewalt keine elterliche Gewalt ist, wenngleich dieser weitgehend nachgebildet. Außerdem sei die Tätigkeit des Vormunds öffentliche Fürsorge durch Wahrnehmung privater Angelegenheiten, Vormundschaft sei also durch einen Privatmann ausgeübte staatliche Tätigkeit.¹³¹

Gegen diese Charakterisierung der Einzelvormundschaft als Ausübung staatlicher Fürsorge ist mit Recht einzuwenden, daß damit die Grundprinzipien unseres Vormundschaftsrechtes, in erster Linie die Anlehnung an die elterliche Gewalt, der Subsidiaritätsgrundsatz sowie die generelle Ordnung der Zuständigkeiten zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht verkannt werden. Wie Lindacher¹³² ausführlich und überzeugend darlegte, sprechen weder die durch Hoheitsakt erfolgende Bestellung des Vormundes und dessen Überwachung durch den Staat, noch

der Einsatz staatlicher Machtmittel zur Durchsetzung der Aufgaben des Vormundes für die Qualifizierung vormundschaftlicher Tätigkeit als öffentliche Fürsorge. Vielmehr wird dadurch die grundsätzliche Übereinstimmung in der Struktur von elterlicher Gewalt und Vormundschaft außer acht gelassen, denn es bestehen nur graduelle Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsinstituten, die ihren gesetzlichen Niederschlag in der verschieden starken, nicht aber völlig anders gearteten Überwachung durch das Vormundschaftsgericht finden¹³³.

Demnach läßt sich die Einzelvormundschaft als ein privatrechtliches, in die familiäre Sphäre eingebettetes Ersatzinstitut für die fehlende elterliche Gewalt auffassen, indem der Staat die Sorge für die Minderjährigen oder Entmündigten in der Regel einer Privatperson zu grundsätzlich eigenverantwortlicher Führung überträgt und sich auf eine Überwachung der Tätigkeit des Vormundes zu beschränken hat¹³⁴.

Wenn somit die Konstruktion von der öffentlichen Funktion der Einzelvormundschaft, die eine Nichtanwendbarkeit des Art. 6 Abs. II GG für den Vormund zur Folge hätte, abzulehnen ist, wäre dadurch der Vormund jedoch auch nicht in den Schutz des Art. 6 Abs. II einbezogen. Selbst bei ausdrücklicher Anerkennung eines eigenen vormundschaftlichen Pflege- und Erziehungsrechtes wird dessen grundrechtlicher Schutz wiederum verneint¹³⁵.

Ansatzpunkt für die Anerkennung eines durch Art. 6 Abs. II GG verbürgten Schutzes der Stellung des Einzelvormundes sollte die starke und zunehmend mehr betonte Pflichtgebundenheit des Elternrechtes und seine Rechtfertigung aus dem Schutzbedürfnis der Minderjährigen oder Entmündigten sein. Gerade dieser Personenkreis ist wegen seiner jugendlichen Unerfahrenheit oder körperlicher bzw. geistiger Gebrechen nicht zur selbstverantwortlichen Gestaltung seines Daseins in der Lage und

somit ganz besonders eines wirksamen und umfassenden Schutzes im rechtlichen und tatsächlichen Bereich bedürftig.

Dieser dem Vormund obliegende Schutz Hilf- und Wehrloser entspricht in seiner Pflichtgebundenheit der treuhänderischen Wahrnehmung der Belange anderer Personen. Auf Grund der Tatsache, daß das verfassungsmäßige Elternrecht ebenfalls durch treuhänderische Gesichtspunkte mitbestimmt wird¹³⁶, ergibt sich eine vom Wesen und der Zweckbestimmung her begründete Annäherung des Pflege- und Erziehungsrechtes des Vormundes an das grundrechtlich geschützte Elternrecht.

Einen weiteren Anhaltspunkt für einen durch Art. 6 Abs. II verbürgten Schutz der Stellung des Vormundes bietet die in § 1785 gesetzlich geregelte Pflicht zur Übernahme dieses Amtes. Wenn die Rechtsordnung eine bestimmte Tätigkeit - von den gesetzlichen Ausnahmen abgesehen - verlangt, dann muß dieser staatsbürgerlichen Pflicht als Korrelat auch jenes Recht gegenüberstehen, das sonst in der entsprechenden Pflichtlage besteht, nämlich das durch Art. 6 Abs. II garantierte Elternrecht. Bei dieser Auslegung des Art. 6 Abs. II kommt auch die in ihm enthaltene Subsidiarität des staatlichen Erziehungsanspruches zugunsten der Tätigkeit des Vormundes am besten zum Ausdruck und verleiht insofern der Verfassungsnorm bei der Bestimmung ihres persönlichen Geltungsbereiches die größtmögliche Wirkungskraft¹³⁷.

Mit der sich daraus ergebenden Konsequenz, daß dem Vormund die Verfassungsbeschwerde zustehe, was der Verfassungsgeber sicher nicht gewollt habe, läßt sich ein grundrechtlich durch Art. 6 Abs. II geschütztes Recht des Vormundes nicht versagen¹³⁸.

Ebensowenig läßt sich mit der Verfassungsbeschwerde als der "vornehmsten Rechtsschutzmöglichkeit" für einen Schutz des Vormundes aus Art. 6 Abs. II argumentie-

ren¹³⁹. Das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde, das nicht in der Verfassung verankert, sondern nur im einfachen Bundesgesetz (§ 90 BVerfGG) enthalten ist, kann daher überhaupt nicht als Argument für eine - wie auch immer geartete - Interpretation einer Verfassungsnorm herangezogen werden, denn die Verfassung ist nicht in Übereinstimmung mit den einfachen Gesetzen auszulegen, weil der Gesetzgeber bei Schaffung der einfachen Gesetze selbst an die Verfassung gebunden ist, Art. 20 Abs. III GG¹⁴⁰.

Auch die Argumentation mit der unterschiedlichen Bezeichnung in Abs. II (Eltern) und Abs. III (Erziehungsberechtigte) des Art. 6 ist nicht stichhaltig¹⁴¹.

Die Behauptung, daß das Grundgesetz beide Begriffe nicht synonym verwende, kann allein schon deshalb nicht überzeugen, weil die unterschiedliche Formulierung bei Art. 6 Abs. II einerseits und Art. 6 Abs. III bzw. Art. 7 Abs. II andererseits sich rein terminologisch mit der Schwierigkeit erklären läßt, in Art. 6 Abs. II "das Recht zur Pflege und Erziehung" den "Erziehungsberechtigten" zuzuweisen. Neben diesem Argument der Vermeidung eines sprachlichen Pleonasmus und Leerlaufs spricht weiterhin für die enge Verbindung und damit einheitlichen persönlichen Geltungsbereich der Absätze II und III die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes. Beide Absätze waren im parlamentarischen Rat zunächst Bestandteile eines einzigen Absatzes und sollten ursprünglich einen besonderen Artikel bilden¹⁴².

Da also der Einzelvormund über Minderjährige als Träger eines nach Art. 6 Abs. II grundrechtlich geschützten Pflege- und Erziehungsrechtes anzusehen ist, bestehen keine Bedenken, auch den Einzelvormund über Volljährige unter dem Gesichtspunkt der besonderen Hilfe- und Pflegebedürftigkeit Entmündigter in Art. 6 Abs. II mit einzubeziehen. Hier muß der für den Minderjährigen-Vormund entwickelte Schutzgedanke besonders stark auch für den

Volljährigen-Vormund betont werden, da Volljährige, die entmündigt werden müssen, mindestens so hilf- und wehrlos wie Minderjährige sind und diesen daher von der rechtlichen Schutzbedürftigkeit her gleichzustellen sind¹⁴³. Es besteht daher auch kein sachlicher Grund, dem Volljährigen-Vormund den verfassungsrechtlichen Schutz aus Art. 6 Abs. II zu versagen.

Bei der Frage, ob dem Jugendamt als Amtsvormund oder Amtspfleger der Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. II GG zugewilligt werden kann, stellt sich das Problem der Grundrechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Organe und in diesem Zusammenhang bedarf es der Klärung, ob die Amtsvormundschaft bzw. -pflegschaft dem Privatrecht oder Öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

Die überwiegende Auffassung erachtet die Amtsvormundschaft und daher auch die Amtspflegschaft als Ausübung öffentlicher Gewalt¹⁴⁴, während die Gegenmeinung diese Rechtsinstitute dem Privatrecht zuweisen will¹⁴⁵.

Ausgangspunkt für eine Beurteilung des privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakters bildet die Regelung der §§ 37, 38 des Jugendwohlfahrtsgesetzes in der Fassung vom 6. 8. 1970¹⁴⁶, derzufolge die Bestimmungen des BGB auf die Amtsvormundschaft und -pflegschaft anzuwenden sind. Da der nichtehelichen Mutter durch das neue Nichtehelichenrecht in § 1705 n. F. grundsätzlich die elterliche Gewalt zuerkannt worden ist, stellt die Amtsvormundschaft des Jugendamtes nun nicht mehr die Regel dar und tritt gem. § 41 n. F. JWG nur noch unter ganz bestimmten Voraussetzungen ein. Dagegen ist die Amtspflegschaft gem. § 40 Abs. I n. F. JWG wegen der Regelung des § 1706 n. F. BGB der Normalfall.

Diese weitgehende Bezugnahme des Jugendwohlfahrtsgesetzes auf die Bestimmungen des BGB deutet jedoch nur scheinbar auf eine privatrechtlich ausgestaltete Tätig-

keit des Jugendamtes in diesen Bereichen hin. Auch der Hinweis, daß jene Akte, die der Amtsvormund seinem Mündel gegenüber vornehme, keine Verwaltungsakte seien und auch in § 38 JWG die in § 1833 BGB geregelte Haftung des Vormundes nicht ausgeschlossen sei¹⁴⁷, kann für die Annahme eines privatrechtlichen Charakters nicht überzeugen. Vielmehr kommt in der in § 38 Abs. I JWG liegenden grundsätzlichen Verweisung auf das BGB zum Ausdruck, daß die privatrechtlichen Vorschriften nicht direkt, sondern nur durch diese Inkorporation in das Jugendwohlfahrtsgesetz auf die Amtspflegschaft und -vormundschaft Anwendung finden sollen. Daher sind nicht die einschlägigen Vorschriften des BGB, sondern die in §§ 37, 38 JWG enthaltenen Regelungen die eigentliche Rechtsgrundlage für die betreffende Tätigkeit des Jugendamtes. Die §§ 37, 38 JWG stellen gleichsam den "Transmissionsriemen" dar, kraft dessen die einschlägigen materiell-rechtlichen Bestimmungen des BGB in den öffentlich-rechtlichen Bereich des Jugendwohlfahrtsgesetzes übergeleitet werden. Diese öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der Tätigkeit des Jugendamtes als öffentliche Fürsorge und Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben kann daher durch die lediglich ausfüllende und den Tätigkeitsbereich des Jugendamtes näher konkretisierende Bezugnahme auf zivilrechtliche Vorschriften nicht erschüttert werden. Der Amtsvormund bzw. -pfleger steht dem Mündel in einem Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechtes gegenüber, das zwar weithin jenen Normen folgt, in denen sich das private Recht des Einzelvormundes bzw. -pflegers äußert¹⁴⁸, den zivilrechtlichen Charakter dieser Normen aber durch Aufnahme in den öffentlich-rechtlichen Bereich entsprechend umformt.

Die weitere Frage der Grundrechtsfähigkeit des Jugendamtes als staatlicher Behörde, vgl. §§ 2, 12 JWG, ist anhand des Art. 19 Abs. III GG zu beurteilen. Dieser ist von der zentralen Vorstellung her auszulegen und

anzuwenden, daß die Grundrechte, deren Wertsystem von der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen ausgeht, in erster Linie die Freiheitssphäre des einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern sollen¹⁴⁹.

Da also die Grundrechte ihrem Wesen nach als Abwehrrechte des einzelnen gegen unzulässige Eingriffe der öffentlichen Gewalt zu beurteilen sind, ist es begrifflich unmöglich, den Staat selbst zum Teilhaber oder Nutznießer der Grundrechte zu machen, denn er kann nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein¹⁵⁰.

Dabei ist es auch unerheblich, in welcher Organisationsform die öffentlichen Aufgaben erfüllt werden, denn vom Menschen und Bürger als dem ursprünglichen Inhaber der Grundrechte her gesehen, handelt es sich jeweils nur um eine besondere Erscheinungsform der einheitlichen Staatsgewalt. Innerhalb dieses Gesamtaufbaues des Staates kann es daher keine Grundrechte geben, so daß die Tätigkeit des Jugendamtes als Amtspfleger bzw. -vormund keinen grundrechtlichen Schutz genießen kann¹⁵¹.

Demgegenüber bestehen keine Bedenken, den Einzelpfleger des BGB ebenso wie den Einzelvormund des BGB in den Bereich des Art. 6 Abs. II GG mit einzubeziehen, sofern sein Aufgabenbereich auch in dieser Grundrechtsnorm bezeichnete Tätigkeiten umfaßt¹⁵². Da die Pflegerbestellung im Rahmen des Art. 6 Abs. II Satz 2 GG erfolgt, werden dadurch im Falle der Ergänzungspflegschaft auch die Rechte der Eltern nicht verletzt.

6)

Der Scheinvater und die Pflegeeltern

Ausgehend von der oben (B II 4) anhand der Adoptiveltern entwickelten These, daß nicht nur den natürlichen Eltern der Grundrechtsschutz aus Art. 6 Abs. II zukomme, läßt sich auch ein Elternrecht des ehelichen Scheinvaters - des Mannes, der mit der Kindesmutter im Zeitpunkt der Empfängnis verheiratet war, aber nicht der Erzeuger des Kindes ist - nicht absprechen. Die in § 1591 enthaltene rechtliche Zuordnung des Kindes zum Ehemann der Mutter erfolgt in erster Linie im Interesse und zum Wohle des Kindes, damit dessen Abstammung und Verwandtschaft grundsätzlich eindeutig bestimmt ist. Solange das Kind also kraft gesetzlicher Vermutung als ein eheliches gilt, wäre es wenig sinnvoll, dem ehelichen Scheinvater das Elternrecht zu versagen und ihn nur als Erziehungsberechtigten im Sinne des Art. 6 Abs. III GG anzusehen¹⁵³.

Da die Schaffung klarer Abstammungs- und Verwandtschaftsverhältnisse primär zum Wohle und Schutze des Kindes erfolgt, muß insofern das verfassungsmäßige Elternrecht des nichtehelichen Blutsvaters (vgl. oben B II 3) hinter jenes des ehelichen Scheinvaters bis zur Rechtskraft der positiven Anfechtungsentscheidung nach § 1593 zurücktreten. Erst ab diesem Zeitpunkt steht der tatsächliche (neue) Vater des Kindes verbindlich fest und dieses bedarf nun nicht mehr des Schutzes nach § 1591.

Die Frage, ob Pflegeeltern Grundrechtsschutz genießen können, wird abgelehnt, da sie nur in rein faktischer Beziehung zum Kind stehen würden, die in der widerruflichen Übertragung der rein tatsächlichen Ausübungsbefugnis der elterlichen Gewalt begründet sei¹⁵⁴.

Es trifft zwar zu, daß der Fortbestand des Elternrechts grundsätzlich nicht berührt wird, wenn die Eltern die

Ausübung ihrer Rechte anderen Personen oder bestimmten Einrichtungen anvertrauen, denn diese Vereinbarung wirkt nur im Innenverhältnis und kann von den Eltern jederzeit wieder aufgehoben werden. Sofern es sich bei diesen Fällen um Kinderheime, Internate usw. handelt, kann dieser Auffassung auch zugestimmt werden.

Falls es sich jedoch nicht um - wie auch immer bezeichnete oder organisierte - Einrichtungen, sondern um Verwandte, befreundete Ehepaare usw. handelt, die das Kind in ihrer Obhut haben, ist eine differenzierte Betrachtungsweise geboten. Hier ist vor allem auf die Dauer und Intensität des Pflegeeltern-Pflegekind-Verhältnisses abzustellen.

Wenn z. B. ein Säugling von seinen Eltern während eines längeren Zeitraumes verlassen und einem befreundeten oder verwandten Ehepaar zur Aufzucht übergeben wird und diese Personen sich um die Pflege und Erziehung des Kindes wie eigene Eltern bemühen, dann entspricht diese Konstellation praktisch jenem Verhältnis, das dem Rechtsinstitut der Adoption zugrunde liegt (vgl. oben B II 4). Auch ein derartiges Pflegeeltern-Verhältnis stellt einen auf Dauer angelegten Lebenstatbestand fürsorgersch-sozialer Prägung dar. Der Wille, ein Kind wie das eigene zu umsorgen und zu erziehen, entspricht der Zielsetzung des Art. 6, die auch und gerade in der Gewährleistung geeigneter Lebensbedingungen für ein in physischer und psychischer Hinsicht gesundes Aufwachsen der Kinder besteht. Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen besteht daher kein Grund, Pflegeeltern verfassungsrechtlich anders als Adoptiveltern zu behandeln und ihnen die Zuerkennung des grundrechtlich verbürgten Elternrechtes des Art. 6 Abs. II GG zu versagen.

III

Zum Verhältnis zwischen Elternrecht und elterlicher Gewalt in bezug auf den Herausgabeanspruch.

Der in Art. 6 Abs. II und III GG verbürgte Schutz von Ehe und Familie und des Elternrechtes umfaßt einen sozialen Lebenssachverhalt, den der Verfassung vorgegebenen Lebensbereich der Familie und ihre Sorge für die Kinder mit der dieser Gemeinschaft immanenten Ordnung¹⁵⁵. Diese Bezogenheit der Verfassungsnorm auf die außerrechtlichen Welt erfordert, daß ihr Wertgehalt nicht lediglich aus dem vorgefundenen Gesetzesrecht abzuleiten ist, sondern bei der Betrachtung muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen, dem "Ganzen der Lebensordnung", ausgegangen werden¹⁵⁶.

Art. 6 Abs. I und II stimmen mit den Gesetzesbestimmungen insofern überein, als sie die spezifische Privatsphäre der Familie schützen und die Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Gewalt in diesen Bereich beschränken. Andererseits wird durch den verfassungsrechtlichen Schutz der privatrechtlichen Ordnung des familiären Gemeinschaftslebens nicht unbedingt die *a k t u e l l e* spezielle Regelung des Familienrechts im BGB geschützt und nicht der gesamte Bereich der elterlichen Gewalt ist durch die Verfassung der Disposition des Gesetzgebers entzogen worden. Vielmehr sichert Art. 6 Abs. I und II die Ehe und Familie lediglich in ihrer wesentlichen (Grund-) Struktur, so daß insoweit seine juristische Wirkungskraft in der Rechtswirklichkeit nur in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung eines *N o r m e n k e r n e s* des Ehe- und Familienrechtes besteht¹⁵⁷. Das als Kern in der Verfassung garantierte Elternrecht kann daher nicht mit dem im BGB enthaltenen Rechtsbegriff der "elterlichen Gewalt" völlig identisch sein. Die heutige Regelung des BGB hinsichtlich der elterlichen Gewalt stellt nur *e i n e* der dem Gesetz-

geber möglichen Konkretisierungen des verfassungsmäßigen Elternrechtes dar¹⁵⁸ und steht insofern durch Art. 6 Abs. II nur bezüglich ihres Kernes unter Verfassungsschutz.

Obwohl also das verfassungsrechtliche Elternrecht seine Präzisierung und Konkretisierung durch die Vorschriften über die elterliche Gewalt im BGB erfahren hat und beide Rechtsinstitute insofern weitgehend synchron gelagert sind (vgl. oben B I), können sie nicht als deckungsgleiche Größen angesehen werden. Das Elternrecht bleibt vielmehr auf den immanenten Wesensgehalt der elterlichen Gewalt (Schutz und Fürsorge der Kinder) beschränkt¹⁵⁹. Im übrigen gewährt die Verfassung dem Gesetzgeber einen Ermessensspielraum von unterschiedlicher Weite in den einzelnen Lebensbereichen zur zivilrechtlichen Ausgestaltung des Elternrechtes. So z. B. setzt Art. 6 Abs. II nur voraus, daß das Recht und die Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung der Kinder zum Erlöschen kommt, wenn diese nicht mehr erziehungsbedürftig und -fähig sind. Den Zeitpunkt bestimmt der Verfassungsgeber jedoch nicht und überläßt es dem Gesetzgeber, über die Mündigkeit nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden¹⁶⁰.

Da der Verfassungsgeber sich in Art. 6 auf die Normierung von grundsätzlichen Rechten und Pflichten im Bereich von Ehe und Familie beschränkt hat und die rechtliche Ausgestaltung in weitem, nur durch den Kern des Wesensgehaltes des Schutzes von Ehe und Familie beschränkten Umfange dem Ermessen des Gesetzgebers überließ, stellt die oben durchgeführte Untersuchung, welche Personengruppen als Träger des Elterngrundrechtes anzusehen sind, noch keine hinreichende Beantwortung der Frage dar, wer als Inhaber des Anspruchs auf Herausgabe eines Kindes anzusehen ist. Die Ermittlung dieses Personenkreises muß daher anhand jener Normen erfolgen, die der Gesetzgeber auf Grund der ihm von der Verfassung eingeräumten Ausgestaltungsbefugnis auf dem Gebiete des Ehe und Familie betreffenden Rechtes aufgestellt hat.

IV

Innehabung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes durch den Herausgabeberechtigten.

Da der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes das Recht voraussetzt, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und dieses Recht einen Bestandteil des Personensorgerechts bildet, ist grundsätzlich nach § 1631 Abs. I der Inhaber des Personensorgerechtes Herausgabeberechtigter. Da das Personensorgerecht seinerseits nach § 1626 Abs. II einen Unterfall der elterlichen Gewalt darstellt, ist im Regelfall der Inhaber der elterlichen Gewalt herausgabeberechtigt.

Es ist jedoch möglich, daß der Inhaber in seiner elterlichen Gewalt auf die Vermögenssorge beschränkt ist und das Personensorgerecht Dritten übertragen wurde, so daß trotz Innehabung eines Teiles der elterlichen Gewalt kein Herausgabeanspruch geltend gemacht werden könnte, während umgekehrt Personen, die ebenfalls nur einen Teil der elterlichen Gewalt in Form der Personensorge innehaben, den Herausgabeanspruch geltend machen können.

Diese Definition der Herausgabeberechtigten als Inhaber des Personensorgerechts ist jedoch wegen der Tatsache, daß das Aufenthaltsbestimmungsrecht seinerseits nur einen Spezialfall des Oberbegriffes Personensorge darstellt, dahingehend einzuschränken, daß letztlich herausgabeberechtigt nur der Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechtes ist. Diese von der elterlichen Gewalt ausgehende, über deren Unterfall der Personensorge weitergeführte und wiederum auf deren Unterfall des Aufenthaltsbestimmungsrechtes verengte Definition des Kreises der Herausgabeberechtigten ist erforderlich, da es möglich ist, daß zwar die elterliche Gewalt auch in ihrer Spezialform der Personensorge besteht, aber das daraus fließende Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen wurde (§ 1666), oder aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ruht (§§ 1673, 1674).

1)

Früherer Rechtszustand

Die gesetzliche Regelung, wer als Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechtes und damit der Personensorge und der elterlichen Gewalt anzusehen ist, hat mit Inkrafttreten des BGB durch Rechtsprechung und Gesetzgeber verschiedene Änderungen erfahren.

Die Grundzüge der bis zum 31. 3. 1953 geltenden Regelungen bestanden darin, daß das BGB nicht mehr von der väterlichen Gewalt, sondern von der elterlichen Gewalt sprach. Dennoch war im Regelfalle die Stellung des Vaters eindeutig vorherrschend, während die der Mutter nur eine zweitrangige blieb. Er war gem. § 1627 a. F. Inhaber der "Hauptgewalt"; soweit auch die Mutter an der elterlichen Gewalt beteiligt war, ging nach § 1634 Satz 2 a. F. bei Meinungsverschiedenheiten der Wille des Vaters vor und demgemäß war im Streitfalle auch nur er berechtigt, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (§ 1631 Abs. 1 a. F.)¹⁰¹ und die Klage auf Herausgabe des Kindes zu erheben (§ 1632 a. F.).

Die Mutter hatte im Regelfalle nur eine "Nebengewalt", die gem. §§ 1634 Satz 1, 1631 a. F. während der Dauer der Ehe auf die Personensorge beschränkt war und stets dem Entscheidungsprimat des Vaters nach § 1634 Satz 2 a. F. unterlag. Dieses Personensorgerecht der Mutter ist jedoch kein aus der väterlichen Gewalt abgeleitetes Nebenrecht, sondern die Personensorge übte die Mutter kraft eigenen Rechtes aus^{101a}.

Doch übte die Mutter auch während des Bestehens der Ehe die Hauptgewalt mit Ausnahme des Nutznießungsrechtes allein aus, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruhte oder er an ihrer Ausübung tatsächlich verhindert war (§ 1635 Abs. 1 a. F. i. V. m. §§ 1676, 1677 a. F.). In diesen Fällen erstarkte die Nebengewalt der Mutter zu

einer "Vizegewalt"¹⁶², die auch den Herausgabeanspruch umfaßte. Die elterliche Gewalt verblieb ihrer Zuständigkeit nach dem Vater. Sie wurde aber nicht von ihm, sondern von der Mutter ausgeübt, die nicht etwa namens des Vaters als dessen Vertreterin handelte, sondern kraft eigenen Rechtes die gleiche Stellung wie der Vater hatte. Die elterliche Gewalt der Mutter im Rahmen des § 1685 a. F. war daher nicht von der väterlichen abgeleitet, sondern trat bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1685 Abs. I a. F. eigenständig neben die elterliche Gewalt des Vaters, die "gleichsam nur geschlummert"^{162a}.

Mit dem Tode des Vaters wurde die Mutter alleinige Trägerin der Vollgewalt (§ 1684 Abs. I Nr. 1 a. F.) und somit auch des Herausgabeanspruches. Bei Wiederverheiratung verlor sie wieder die elterliche Gewalt, behielt aber die tatsächliche Personensorge (§§ 1697, 1696 a.F.) und damit auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht.

Nach Auflösung der Ehe erwarb die Mutter die elterliche Gewalt als Vollgewalt, wenn der Vater diese verwirkt hatte (§ 1684 Abs. I Nr. 2 a.F.). Wenn der Vater bei Bestehen der Ehe die elterliche Gewalt verwirkt hatte, war dem Kind ein Vormund zu bestellen, mit der Folge, daß der Mutter gem. § 1634 a. F. nur die Nebengewalt blieb und im Streitfalle ihr Aufenthaltsbestimmungsrecht hinter das des Vormundes zurücktreten mußte. Außerdem hatte das Vormundschaftsgericht nach Auflösung der Ehe der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt und damit auch den Herausgabeanspruch zu übertragen, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruhte und keine Aussicht bestand, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde (§ 1685 Abs. II a. F.).

Von dem Grundsatz, daß die Scheidung keinen Einfluß auf die elterliche Gewalt ausübte, wurde hinsichtlich

des Teilbereiches der Personensorge in § 1035 Abs. I a. F. eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß die Ehe aus einem der in §§ 1505 bis 1508 bestimmten Gründe geschieden wurde.

Wenn dagegen im Falle der Auflösung der Ehe, also durch Erklärung der Nichtigkeit sowie bei Aufhebung oder Scheidung der Ehe, die elterliche Gewalt des Vaters weder ruhte noch diese verwirkt war, konnte der Mutter im günstigsten Falle (nur) die tatsächliche Personensorge¹⁰³ ohne Rücksicht auf das Alter des Kindes und somit das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen werden (§§ 1085 Abs. II a. F., 1084 Abs. I Nr. 2 a. F., 1035 Abs. II a. F.).

Eine Übertragung der gesamten elterlichen Gewalt auf die Mutter war im Falle der Scheidung wegen § 1034 Abs. II a. F. nicht möglich und scheiterte bei der Auflösung der Ehe nach §§ 1084 Abs. I a. F., 1085 Abs. II a. F. - die den Fall der Ehescheidung ja umfassen - an dem Erfordernis der Verwirkung (§ 1084) oder des ständigen Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters (§ 1085).

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß das BGB in seiner bis zum 31. 3. 1953 geltenden Fassung der Mutter zwar in Einzelfällen in mehr oder minder starkem Umfange elterliche Gewalt, Personensorge und damit ein Aufenthaltsbestimmungsrecht anerkannte, im Regelfalle aber ausschließlich dem Vater der Anspruch auf Herausgabe des Kindes zustand (§§ 1027, 1034, 1031, 1035 a. F.).

Finen gegenüber den Regelungen des BGB grundsätzlichen beachtlichen Fortschritt brachte das "Gesetz über die religiöse Kindererziehung" vom 15. 7. 1921¹⁰⁴, das infolge seines in § 2 Abs. II enthaltenen Konsensprinzips auf einem Teilgebiet die Gleichberechtigung der Mutter herstellte, indem es bestimmte, daß während Bestehens

der Ehe von keinem Elternteil ohne die Zustimmung des anderen konfessionelle Veränderungen gegenüber dem Kind getroffen werden dürfen.

2)

Grundsatz gemeinsamer Anspruchsberechtigung
beider Ehegatten.

Ein weiterer und entscheidender Einbruch in das stark väterlich orientierte Familienrecht des BGB erfolgte durch das Grundgesetz, nach dessen Art. 117 Abs. I das Recht, das der in Art. 3 Abs. II enthaltenen Gleichberechtigung von Mann und Frau widersprach, am 31. 3. 1953 außer Kraft trat und der mit Wirkung vom 1. 4. 1953 die Gleichberechtigung der Eltern zu unmittelbar geltendem Recht erhob¹⁶⁵. Als unvereinbar mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. II GG wurden im Bereich der elterlichen Gewalt insbesondere die Beschränkung der Mutter auf die Nebensorge und ihr Ausschluß von der gesetzlichen Vertretung des Kindes angesehen¹⁶⁶.

Daraus folgte, daß seit dem 1. 4. 1953 die elterliche Gewalt beiden Eltern gemeinsam zustand und da der Gesetzgeber bis zu diesem Zeitpunkt das Familienrecht nicht diesem Grundsatz angepaßt hatte, mußten die Gerichte sich bemühen, im Wege rechtsfindender Lückenausfüllung das Grundgesetz in der Rechtsprechung zu vollziehen¹⁶⁷.

Weil jedoch vom Wesen der Gleichberechtigung sehr unterschiedliche Auffassungen bestanden, blieben viele Einzelfragen strittig¹⁶⁸, und es bestand Übereinstimmung lediglich darin, daß alle Bestimmungen außer Kraft getreten waren, die einseitig die Rechte der Mutter beschränkten und daß überall, wo das Gesetz in den §§ 1626 ff. die Worte "der Vater" gebraucht hatte, statt dessen nunmehr "die Eltern" bzw. "ein Elternteil" (z. B. in § 1677 Abs. I a. F.) zu lesen war.

Die hier interessierende Frage der Innehabung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes bzw. des Herausgabeanspruchs läßt sich zwanglos anhand der unbestritten gemeinsamen Innehabung der elterlichen Gewalt dahin beantworten, daß folglich seit dem 1. 4. 1953 beiden Eltern gemeinsam das Aufenthaltsbestimmungsrecht zustand; § 1632 a. F. war so zu lesen, daß die Sorge für die Person des Kindes das Recht umfaßt, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es "den Eltern" (statt "dem Vater") vorenthält.

Weder das Zwischenrecht noch das Gleichberechtigungsgesetz haben eine Regelung des Problems der Aktivlegitimation im Herausgabeverfahren gegen Dritte gebracht. Es handelt sich um die Frage, ob die Eltern, denen der Herausgabeanspruch ja gemeinsam zusteht, die Herausgabeklage infolgedessen auch gemeinsam erheben müssen - notwendige Streitgenossen? - oder ob auch ein Elternteil allein die Klage erheben kann. Da diese Problematik auch unverändert im geltenden Recht besteht, ist sie im Zweiten Teil bei der Erörterung der prozessualen Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber Dritten zu behandeln.

Das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. 5. 1957¹⁶⁹ ist dem Verfassungsauftrag nachgekommen und mit Wirkung vom 1. 7. 1958 an traten die neuen Bestimmungen der §§ 1626 ff. in Kraft. Diese Neufassung stellte im wesentlichen kodifizierte Rechtsprechung dar und hatte ihren Kern in der Regelung der §§ 1626, 1627, derzufolge die elterliche Gewalt beiden Elternteilen zusteht und sie diese in gegenseitigem Einvernehmen auszuüben haben. Sie unterschied sich aber vom Zwischenrecht in zwei wesentlichen Punkten, nämlich durch den in § 1628 enthaltenen Stichtentscheid des Vaters und der in § 1629 Abs. I geregelten Vertretungsmacht des Vaters. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch mit Entscheidung vom 29. 7.

1959¹⁷⁰ § 1628 in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes und § 1629 Abs. I für verfassungswidrig erklärt. Dadurch ist die Streitfrage, wer bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern untereinander wie zu entscheiden habe, weder im Zwischenrecht noch durch das Gleichberechtigungsgesetz geklärt worden und auch heute noch strittig.

Da es sich hierbei aber nicht mehr um die Infragestellung der auch der Mutter grundsätzlich zuzuerkennenden elterlichen Gewalt, sondern vielmehr um die Konsequenz aus der beiden Elternteilen gemeinsam unstreitig zustehenden elterlichen Gewalt handelt; wenn sie über die gemeinsam zustehende Ausübung keine Einigung erzielen können, sind diese Fragen nicht hier bei der Darstellung des Grundsatzes des gemeinsamen Herausgabeanspruches beider Ehegatten zu erörtern, sondern jeweils bei der Geltendmachung des Herausgabeanspruches im Zweiten bzw. Vierten Teil darzustellen.

3)

Herausgabeanspruch der nichtehelichen Mutter.

Das BGB kannte zunächst nicht eine elterliche Gewalt der nichtehelichen Mutter über ihr Kind (§ 1707 a. F.). Ihr stand aber nach dieser Vorschrift die tatsächliche Personensorge allein zu, auch wenn sie selbst^h noch minderjährig war und unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stand¹⁷¹, während der Vormund insoweit lediglich die Rechte eines Beistandes hatte. Daher war auch nur die nichteheliche Mutter zur Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes und Geltendmachung des Herausgabeanspruches berechtigt, und zwar auch gegenüber dem Vormund¹⁷².

Das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961¹⁷³ änderte den § 1690 dahingehend, daß einem Beistand nicht nur die Vermögensverwaltung, sondern auch die Geltend-

machung von Unterhaltsansprüchen übertragen werden konnte und schuf durch Hinzufügung eines Absatzes II zu § 1707 a. F. die Möglichkeit, der volljährigen Mutter eines nichtehelichen Kindes die elterliche Gewalt über das Kind zu übertragen.

Das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. 8. 1969¹⁷⁴ ging in dieser Richtung noch einen Schritt weiter und erkannte der nichtehelichen Mutter in § 1705 n. F. kraft Gesetzes die elterliche Gewalt grundsätzlich über ihr Kind zu. Bei einer minderjährigen nichtehelichen Mutter, die entweder selbst unter elterlicher Gewalt (§ 1626 Abs. I n.F.) oder Vormundschaft (§ 1773) steht, ruht die elterliche Gewalt gem. § 1673 Abs. II mit der Maßgabe, daß ihr das Recht und die Pflicht zur tatsächlichen Personensorge verbleibt und ihr in diesem Bereich der Entscheidungsvorrang gebührt, § 1673 Abs. II Satz 3.¹⁷⁵

Daher steht auch nach geltendem Recht der nichtehelichen Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu und nur sie ist zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs berechtigt.

Die angeblich nichteheliche Mutter kann aber die Herausgabe des angeblich untergeschobenen, als ehelich geltenden Kindes von den angeblichen Eltern erst dann verlangen, wenn die Abstammung des Kindes durch ein Verfahren gem. §§ 640 ff. ZPO über die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen den Parteien, d. h. der angeblich nichtehelichen Mutter und dem angeblich von ihr nichtehelich geborenen Kinde, geklärt ist¹⁷⁶.

Der familienrechtliche Herausgabeanspruch nach § 1632 basiert seinem Wesen nach auf dem Aufenthaltsbestimmungsrecht, setzt dieses also voraus. In diesem Vindikationsverfahren ist daher kein Platz für Statusfragen;

diese müssen vielmehr in einem gesonderten vorherigen Verfahren geklärt werden und können nicht im Herausgabeverfahren inzidenter mitentschieden werden.

Diese strikte Trennung beider Verfahren kommt auch durch die unterschiedliche Zuständigkeitsregelung zum Ausdruck, derzufolge für Statussachen gem. §§ 640 a, 641 a ZPO die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte gegeben ist, während für die Herausgabeklage nach § 1632 Abs. I die Landgerichte ausschließlich zuständig sind.

Wenn also die Abstammung des Kindes von der nichtehelichen Mutter gem. §§ 640 ff. ZPO wirksam festgestellt ist, dann steht ihr gem. § 1705 n. F. kraft Gesetzes die elterliche Gewalt und in jedem Falle die tatsächliche Personensorge und somit das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zu (vgl. oben 3), so daß die folgende Herausgabeklage gegen die angeblichen Eltern begründet wäre.

4)

Der Kreis der übrigen Herausgabeberechtigten.

Aus dem dargelegten Grundsatz, daß der Personensorgeberechtigte bzw. der Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechtes als Herausgabeberechtigter anzusehen ist, läßt sich zwanglos außer den Eltern und der nichtehelichen Mutter auch der Kreis weiterer in Betracht kommender Personengruppen ermitteln. Danach sind die Adoptiveltern gem. § 1757 Inhaber der elterlichen Gewalt, während Vormund, Pfleger und nichtehelicher Vater dann als herausgabeberechtigt anzusehen sind, wenn ihnen zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht vom Vormundschaftsgericht übertragen wurde (§§ 1666, 1696)¹⁷⁷. In diesem Falle ist die Zuerkennung des familienrechtlichen Herausgabeananspruches auch auf den Amtsvormund bzw. -pfleger auszuweiten, da nur auf diese Weise das institutionalisierte Wächteramt des Staates wirksam ausgeübt werden kann und die im Interesse des Kindeswohles erforderliche Aufent-

haltsbestimmungsbefugnis des Jugendamtes nur in dieser Form wirksam durchgesetzt werden kann. Trotz Ablehnung eines Grundrechtsschutzes für die Tätigkeit des Jugendamtes als Amtspfleger bzw. -vormund (vgl. oben B II 5) ist daher die Zuerkennung eines zivilrechtlichen Herausgabeanspruches für das Jugendamt im Hinblick auf Art. 6 Abs. II Satz 2 GG gedeckt und auch anerkannt.

Der Scheinvater ist gem. § 1626 Abs. I Mitinhaber der elterlichen Gewalt und somit des Herausgabeanspruches, bis durch rechtskräftige Entscheidung die Nichtehelichkeit des Kindes festgestellt wurde (im Statusprozeß durch Urteil gem. §§ 640 ff. ZPO oder durch Beschluß des Vormundschaftsgerichtes im Falle des § 1599 Abs. II, § 56 c FGG) und er somit nicht mehr als Vater und damit Inhaber der elterlichen Gewalt gilt.

Dritte, wie z. B. Internate, Kinderheime, Verwandte oder Bekannte können dagegen keinen Herausgabeanspruch geltend machen, da ihnen kein Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht. Diesen ist nur die Ausübung der tatsächlichen Personensorge von den Berechtigten in jederzeit frei widerruflicher Weise überlassen worden. Da die elterliche Gewalt ein unveräußerliches und unverzichtbares Recht darstellt, können die betreffenden Personen oder Einrichtungen auch trotz aller gegenteiliger Vereinbarungen mit dem Sorgeberechtigten niemals Träger eines eigenen oder auch nur abgeleiteten Sorgerechtes sein und daher auch keinen Herausgabeanspruch geltend machen¹⁷⁸.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht unter den oben (B II 6) dargestellten Voraussetzungen für jene Pflegeeltern, die in den Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. II GG einzubeziehen sind. Bei der Frage der Zuerkennung der elterlichen Gewalt für diese Gruppe der

Pflegeeltern bildet Art. 6 Abs. II den Ansatzpunkt. Dieser ist gekennzeichnet als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in den Bereich der Pflege und Erziehung der Kinder. Dieses Abwehrrecht wird nur noch durch das oberste Gebot des Schutzes der Kinder und der Förderung ihres körperlichen sowie seelischen Wohles überlagert. Daraus folgt, daß die in Art. 6 Abs. II geschützten Personengruppen nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht zur Erziehung der Kinder haben, sofern deren Wohlbefinden nicht beeinträchtigt wird und das Eingreifen der staatlichen Gemeinschaft erforderlich ist.

Diese Art von Pflegeeltern ist daher als Träger eines durch Art. 6 Abs. II verbürgten-verfassungsmäßigen Anspruches auf Übertragung der elterlichen Gewalt - zumindest in der Form des Personensorgerechtes - anzusehen, damit die Pflege und Erziehung der Kinder zu deren Wohle erfolgen kann.

Unabhängig von den bürgerlich-rechtlichen Regelungen besteht der öffentlich-rechtliche Herausgabeanspruch bei Schul- und Wehrpflicht sowie Strafhaft usw., da in diesem Bereich das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt bzw. des Personensorgeberechtigten von Normen des öffentlichen Rechtes überlagert und verdrängt wird. Insofern befindet sich das Recht zur Aufenthaltsbestimmung in diesen Fällen praktisch im staatlichen Bereich (Kultus, Verteidigung, Justiz usw.).

V

Herausgabeverpflichtete

1)

Der unmittelbare und mittelbare Gewalthaber.

Passiv legitimiert ist jeder, der eine Lage schafft, die dem Herausgabeberechtigten die Erlangung seiner Gewalt über das Kind wesentlich erschwert.¹⁷⁹ Dabei ist die Un-

terscheidung bedeutungslos, ob der Herausgabeverpflichtete das Kind in seiner mittelbaren oder unmittelbaren Gewalt hat. Es ist nicht nötig, daß sich das Kind in dem räumlichen Herrschaftsbereich des auf Herausgabe in Anspruch Genommenen befindet. Bedient er sich dritter Personen oder Einrichtungen wie z. B. Internaten, Pflegestellen, Verwandten, die das Kind in ihrer tatsächlichen Obhut haben, sind auch diese Dritten neben dem anderen herausgabepflichtig¹⁸⁰.

Diese nicht zwischen unmittelbarer und mittelbarer Gewalt unterscheidende Herausgabeverpflichtung bringt auch am besten den absoluten Charakter des Herausgabeanspruchs zum Ausdruck, der, ohne daß es Hilfskonstruktionen anhand des mittelbaren Besitzes bedarf (vgl. oben A III), direkt und uneingeschränkt gegen jeden gerichtet ist, der ein, wie auch immer geartetes, Verhalten zeigt, das dem Aufenthaltsbestimmungsrecht und dem Herausgabeanspruch des Berechtigten widerspricht¹⁸¹.

2)

Zum Begriff des Vorenthaltes.

Der mittelbare oder unmittelbare Gewalthaber muß ein Verhalten zeigen, durch das das Kind dem Berechtigten "vorenthalten" wird. Welche Anforderungen an dieses Tatbestandsmerkmal des § 1632 Abs. I zu stellen sind, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles und kann auch davon abhängig sein, ob es sich um ein noch willenloses oder um ein mehr oder weniger selbständig willensfähiges Kind handelt¹⁸².

Wer dem Bestimmungsrecht der Eltern in rein untätigem Verhalten begegnet, wird von dem Anspruch nicht betroffen, auch wenn er einem selbständig entscheidungsfähigen Kind Gelegenheit bietet, seinen Eltern nicht zu

folgen¹⁸³. Wer dagegen dem Aufenthaltsbestimmungsrecht der Berechtigten ein Hindernis entgegengesetzt, ist passiv legitimiert. Das liegt mit Sicherheit vor, wenn dem Berechtigten der Aufenthalt des Kindes **v e r h e i m - l i c h t** wird¹⁸⁴, überhaupt keine oder falsche Angaben gemacht werden oder selbst bei untätigem Verhalten dann, wenn sich durch vorhergehendes Tun eine Pflicht zum Handeln ergab (z. B. wenn ohne Wissen des Berechtigten jemand das Kind in seine Wohnung nahm, ist er zur alsbaldigen Mitteilung des Aufenthaltsortes verpflichtet). Ein einverständliches Zusammenwirken der Großeltern mit der Mutter des Kindes um den Herausgabeanspruch des Vaters zu vereiteln¹⁸⁵, stellt ebenfalls ein Vorenthalten im Sinne des § 1632 dar, da Dritte durch Gewährung von Kost und Logis ihre faktische (Mit-) Personensorge für das Kind dazu benutzen, das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Berechtigten praktisch zu unterlaufen¹⁸⁶.

3)

Widerrechtlichkeit des Vorenthalteus.

Aus dem absoluten Charakter des Herausgabeanspruches folgt, daß ein Vorenthalten des Kindes dann widerrechtlich ist, wenn der Berechtigte mindestens das Aufenthaltsbestimmungsrecht innehat und dem Verpflichteten keine Rechtsposition eingeräumt ist, die ihn zur Verweigerung der Herausgabe berechtigen würde.

Im Rahmen des Anspruches auf Herausgabe des Kindes kann das Aufenthaltsbestimmungsrecht nur dazu führen, daß in diesem Bereich **a l l e i n** der Sorgeberechtigte zur Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes befugt und verpflichtet ist. Ein das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Berechtigten vereitelndes Gegenrecht des Herausgabeverpflichteten ist daher grundsätzlich abzulehnen. Allein

die objektive Tatbestandsverwirklichung des Vorenthaltens, d. h. des Eingriffs eines Nichtaufenthaltsbestimmungsberechtigten in das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Berechtigten, ist maßgebend und ausreichend, während ein Verschulden oder ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auf seiten des Verpflichteten nicht erforderlich ist. Wenn der Tatbestand des Vorenthaltens erfüllt ist, liegt auch immer Widerrechtlichkeit vor, da der Begriff des Vorenthaltens stets den von der Rechtsordnung mißbilligten Eingriff in das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Berechtigten voraussetzt.

Kein Vorenthalten und somit keine Widerrechtlichkeit liegt bei der Schul- oder Wehrpflicht, Strafhaft, Unterbringung in eine Heilanstalt, Dienstverpflichtung usw. vor, da in diesen Fällen das bürgerlich-rechtliche Aufenthaltsbestimmungsrecht des Personensorgeberechtigten von dem öffentlich-rechtlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht im Rahmen des jeweiligen besonderen Gewaltverhältnisses verdrängt wird (vgl. oben B IV 4).

An der Widerrechtlichkeit ermangelt es auch dann, wenn das Scheidungsgericht das Kind im Verfahren nach §§ 627 ff. ZPO durch einstweilige Anordnung einem Elternteil zugesprochen hat und dieser sein Verhalten auf diese Anordnung stützt¹⁸⁷. Durch diese Sorgerechtsentscheidung des Scheidungsgerichtes wird das Vormundschaftsgericht jedoch in keiner Weise gebunden und ist nicht gehindert, sondern sogar gem. § 1666 von Amts Wegen verpflichtet, die Entscheidung des Prozeßgerichtes gegebenenfalls zu ändern und eine andere Sorgerechtsregelung zu treffen. Das auf einer Anordnung des Scheidungsgerichtes basierende Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, steht daher immer unter dem vormundschaftsgerichtlichen Änderungsvorbehalt des § 1666 und hat als Gegenrecht nur bis zum Zeitpunkt einer anderweitigen Regelung durch das Vormundschaftsgericht Bestand¹⁸⁸.

Eine Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes des Berechtigten im Sinne eines Vorenthalten liegt auch dann nicht vor, wenn dieses Verhalten auf einer Anordnung des Vormundschaftsgerichtes nach § 1666 basiert¹⁸⁹. Dabei ist es unerheblich, ob diese erst während des Herausgabeprozesses ergeht und auch nur vorläufiger Natur ist, da der Vormundschaftsrichter nicht an die Entscheidung des Prozeßrichters gebunden ist und seinerseits stets nach den Erfordernissen des Kindeswohles gem. § 1666 eine andere Sorgerechtsentscheidung treffen oder auch seine eigene Entscheidung gem. § 1696 jederzeit abändern kann.

Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, daß ein Vorenthalten des Kindes nicht gegeben sei, wenn das Gegenrecht auf einem wirksamen Vertrag mit dem Sorgeberechtigten beruhe, z. B. einem Dienst- oder Lehrvertrag¹⁹⁰. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, denn sie berücksichtigt nicht oder nicht in ausreichendem Maße den Grundsatz, daß die elterliche Gewalt ein unverzichtbares und unveräußerliches Recht darstellt, das durch vertragliche Abreden weder wirksam begrenzt noch ausgeschlossen werden kann. Daraus folgt, daß die zunächst mit Einwilligung der Eltern erfolgte Unterbringung bei dem Arbeitgeber kein Vorenthalten bedeutet, da eine Vereinbarung über die Ausübung der Personensorge zulässig ist. Wenn dem Arbeitgeber jedoch eine Willenserklärung der Sorgeberechtigten und ein Herausgabeverlangen klar zum Ausdruck gebracht wird, kann er sich nicht mehr auf seine vertraglichen Rechte berufen und sein Vorenthalten ist daher ab diesem Zeitpunkt gegeben und auch ein widerrechtliches¹⁹¹. Inwieweit die Sorgeberechtigten durch das abredewidrige Herausverlangen des Kindes eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gegenüber dem Arbeitgeber begehen, ist eine ganz andere, den personenrechtlichen Herausgabeanspruch überhaupt nicht berührende Frage.

Ferner kann der herausgabepflichtige Dritte nicht einwenden, der Sorgeberechtigte verletze durch sein Herausgabebegehren die Interessen des Kindes und mißbrauche sein Sorgerecht, denn Einwendungen aus dem Bereich der Fürsorge für das Kind sind im Herausgabeprozeß unzulässig, weil nur das Vormundschaftsgericht gem. § 1666 darüber zu entscheiden befugt ist, ob der Sorgeberechtigte das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährde und dadurch diesem gegenüber sein Sorgerecht mißbraucht¹⁹².

Dieser Grundsatz, daß der Verpflichtete sich vor dem Prozeßgericht nicht auf die Wahrnehmung der Interessen des Kindes berufen kann, gilt jedoch nur im Herausgabestreit mit Dritten. Da beim Streit zwischen den Eltern-teilen der Vormundschaftsrichter nach § 1632 Abs. II zuständig ist und dieser auch für die Sorgerechtsmaßnahme nach § 1666 zuständig ist, wird man dem herausgabeverpflichteten Elternteil ein Gegenrecht in bezug auf Wahrnehmung der Interessen des Kindes insoweit zubilligen können, als dieser Einwand als **A n r e - g u n g** an den Vormundschaftsrichter aufzufassen ist, von Amts wegen eine pflichtgemäße Prüfung gem. § 1666 durchzuführen, d. h. ob durch das Herausgabebegehren eine Gefährdung des Kindeswohles zu besorgen ist und eventuell eine Sorgerechtsentscheidung zugunsten der Verpflichteten zu treffen wäre.

Durch die Tatsache, daß Dritte im Herausgabeprozeß keine Einwendungen aus dem Eltern-Kind-Verhältnis herleiten können, wird nach allgemeiner Ansicht die Zulässigkeit des Einwandes der Arglist und des Rechtsmißbrauches jedoch nicht ausgeschlossen¹⁹³. Der Herausgabeverpflichtete könne insbesondere geltend machen, daß das Herausgabebegehren gerade ihm gegenüber mißbräuchlich oder arglistig sei und auf ihn ein unzulässiger Druck in anderen Fragen ausgeübt werden solle¹⁹⁴.

Die Beurteilung der Motive des Herausgabeverlangens und seiner Wirkungen auf die Verpflichteten sollte jedoch weniger im Hinblick auf § 226 erfolgen, sondern anhand der hier bestehenden besonderen rechtlichen Konstellationen orientiert sein.

Ausgehend von der Tatsache, daß der Personensorgeberechtigte das Recht und die Pflicht hat, für die Person des Kindes zu sorgen und dessen Aufenthaltsort zu bestimmen, ergibt sich aus dieser Rechtsstellung die Folge, daß insofern alle seine Maßnahmen grundsätzlich zulässig sind, sofern sie nicht im Einzelfall das Kindeswohl verletzen. Dem umfassenden Pflichtenkreis des Inhabers der elterlichen Gewalt müssen auch die zur Durchsetzung dieser Pflichten erforderlichen Rechte zur Seite stehen, d. h. die Geltendmachung des Herausgabeanspruches, die nach der grundsätzlichen Wertordnung immer zum Wohle des Kindes erfolgt, darf nicht durch Einwendungen gehindert werden, die nicht auf eine Verletzung des Kindeswohles gestützt werden. Da aber derartige Einwendungen im Prozeßverfahren unerheblich sind, kann es auf einen Schaden in der Person des Herausgabeverpflichteten hier nicht ankommen. Die Ausübung der elterlichen Gewalt, die grundsätzlich zum Wohle des Kindes erfolgt, genießt unter dem überragenden Gesichtspunkt der Pflege und Erziehung der Kinder absoluten Vorrang vor den Interessen Dritter.

Dabei wird zwar nicht verkannt, daß es die Herausgabeverpflichteten psychisch sehr schwer treffen kann, wenn sie das ihnen ans Herz gewachsene Kind herausgeben müssen^{194a}. Aber damit müssen sie sich abfinden, denn die Rechtsordnung entscheidet diesen Konflikt zugunsten des herausgabeberechtigten Sorgerechtsinhabers.

Daher können wie auch immer geartete blutsmäßige und rechtliche Beziehungen zwischen Herausgabeverpflichteten und -berechtigten zu keiner anderen Lösung führen,

denn die Ausübung der elterlichen Gewalt findet einzig ihre Schranken in der Verletzung des Kindeswohles.

Falls die Herausgabe im Prozeßverfahren zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohles führen würde, weil das Kind aus seiner gewohnten Umgebung gerissen wird, kann durch eine gegenteilige Sorgerechtsentscheidung des Vormundschaftsrichters der Herausgabeanordnung des Prozeßgerichtes jederzeit der Boden entzogen werden.

Auch durch vermögensrechtliche Gegenansprüche (Unterhaltskosten) des Verpflichteten kann die Widerrechtlichkeit des Vorenthaltens nicht ausgeschlossen werden, da es ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem familienrechtlichen Herausgabeanspruch grundsätzlich nicht gibt¹⁹⁵. Am Wesen der personenrechtlichen Zuordnung des § 1632 muß jeder vermögensrechtliche Anspruch scheitern.

Zweiter Teil

Die prozessuale Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber Dritten nach § 1632 Abs. I

I

Allgemeines.

Die Durchsetzung des familienrechtlichen Anspruches auf Herausgabe eines Kindes gegenüber Dritten erfolgt im Wege der Klage vor dem Prozeßgericht und nicht durch Antrag beim Vormundschaftsgericht¹⁹⁶. Sachlich zuständig ist daher gem. §§ 71, 23 GVG das Landgericht.

Mit dieser seit Inkrafttreten des BGB unverändert gebliebenen Zuständigkeitsregelung ist der Herausgabeanspruch gegen Dritte als ein echter Klageanspruch, als ein vom Gesetzgeber normierter Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz durch das Gericht¹⁹⁷, anzusehen. Da es sich bei dem Anspruch aus § 1632 nicht um die Geltendmachung oder Wahrnehmung von Interessen des Kindes (vgl. oben V 3), sondern ausschließlich um die Verfolgung des dem Kläger zustehenden zivilrechtlichen Aufenthaltsbestimmungsrechtes handelt und in diesem Verfahren das öffentliche Interesse, das durch Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1666 und 1696 stets zum Ausdruck kommt, keine Rolle spielt,¹⁹⁸ ist diese Zuständigkeitsregelung dogmatisch gesehen zweifellos richtig.

Da der Vormundschaftsrichter jedoch stets eine dem Prozeßgericht widersprechende Entscheidung im Interesse des Kindeswohles zu treffen befugt bzw. verpflichtet ist, können sich aus dieser nicht synchron gestalteten Zuständigkeitsregelung infolgedessen für das Kind und die Parteien unerfreuliche Konsequenzen in der Praxis ergeben. Einer für den Kläger obsiegenden Entscheidung

wird durch gegenteilige Anordnung des Vormundschaftsrichters der Boden entzogen oder das Kind ist im Vollstreckungsverfahren mehrfachem Aufenthalts- und Milieuwechsel unterworfen.

Die Zuweisung a l l e r mit familienrechtlichen Ansprüchen zusammenhängender Fragen an e i n e n umfassend als "Familienrichter" zuständigen Richter ist daher im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtseinheit geboten. Diese Frage wird im Zusammenhang mit dem Verhältnis der verschiedenen Abwehransprüche gegen die Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt zueinander (Sechster Teil) Gegenstand näherer Erörterung sein.

II

Zur Prozeßfähigkeit minderjähriger Sorgeberechtigter

Die Frage, ob der minderjährige Inhaber des tatsächlichen Personensorgerechtes auch in bezug auf die Geltendmachung des Herausgabeanspruches als prozeßfähig anzusehen ist, d. h. ob er in der Lage ist, Prozeßhandlungen selbst oder durch selbstbestellte Vertreter wirksam vorzunehmen oder entgegenzunehmen, ist strittig¹⁹⁹.

Nach § 52 Abs. I ZPO, der auf die Geschäftsfähigkeit des BGB abstellt, ist gem. § 106 ein minderjähriger Personensorgeberechtigter nach Maßgabe der §§ 107 - 113 in der Geschäftsfähigkeit und damit Prozeßfähigkeit beschränkt. Da der Herausgabeanspruch in der t a t s ä c h l i c h e n Sorge für die Person des Kindes wurzelt und nicht von der Berechtigung abhängt, das Kind in persönlichen Angelegenheiten zu v e r t r e t e n , stellt die in § 52 Abs. I ZPO und §§ 106 ff. BGB geregelte Verpflichtungsfähigkeit beschränkt Geschäftsfähiger keinen geeigneten Ansatzpunkt für die Beurteilung der "prozesualen Geschäftsfähigkeit" minderjähriger Sorgeberechtigter in bezug auf den Herausgabeanspruch dar.

Die Frage ist vielmehr aus dem Wesen und der Funktion der tatsächlichen Personensorge und der dazu berufenen Träger zu lösen.

Träger der Personensorge sind im Regelfall gem. § 1626 die Eltern oder jene Personen, denen das Recht der tatsächlichen Personensorge vom Vormundschaftsgericht übertragen wurde (z. B. Vormund, Pfleger usw.). Da das Vormundschaftsgericht schon wegen des Kindeswohles dieses Recht im Regelfall nur volljährigen Dritten übertragen wird, läßt sich der Kreis minderjähriger Inhaber des Personensorgerechtes praktisch auf die ehelichen oder nichtehelichen Eltern des Kindes reduzieren.

Im Falle ehelicher Elternschaft tritt der Fall eines minderjährigen Vaters wegen § 1 Abs. II EheG praktisch kaum ein, da dieser erst durch Volljährigkeitserklärung (§§ 3 - 5) ehemündig wird und daher nicht mehr dem Minderjährigenrecht unterliegt²⁰⁰.

Die Stellung der minderjährigen ehelichen Mutter ist gem. § 1673 Abs. II S. 3, 2. Halbsatz n. F. durch ihr Vorrecht bei Meinungsverschiedenheiten mit dem Vormund oder Pfleger in bezug auf die tatsächliche Personensorge gekennzeichnet. Auch die minderjährige Mutter fällt weiterhin unter die Vorschriften der §§ 1633, 1626. Sie streitet sich also mit zwei Vormündern.

Auch der minderjährigen nichtehelichen Mutter gebührt gem. §§ 1705, 1673 Abs. II S. 3, 2. Halbsatz n. F. im Bereich der tatsächlichen Personensorge im Streitfalle der Entscheidungsvorrang, während der nichteheliche Vater kraft Gesetzes keine elterliche Gewalt in irgendeiner Form über sein nichteheliches Kind hat. Die minderjährige nichteheliche Mutter unterliegt daher gem. § 1705 den Vorschriften der §§ 1626 ff. und streitet sich somit gleichfalls mit zwei Vormündern.

Der Gesetzgeber hat also die rechtliche Stellung der minderjährigen Mutter im Bereich der ihr gebührenden tatsächlichen Personensorge außerordentlich stark betont, indem er ihr auf diesem Gebiet letztlich die absolute Entscheidungskompetenz einräumte. Diese Regelung ist auch konsequent, denn die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes kann nur wirksam ausgeübt werden, wenn die Berechtigte in den zahlreichen immer wieder unterschiedlich gelagerten Fällen des täglichen Lebens über die erforderliche Entscheidungsfreiheit verfügt und dadurch schnell und wirkungsvoll die jeweils erforderlichen Maßnahmen treffen kann.

Daher muß folgerichtig die minderjährige Mutter auch dazu in der Lage sein, in Verfolgung der ihr zustehenden tatsächlichen Personensorge den daraus sich ergebenden Herausgabeanspruch ebenfalls geltend machen zu können. Es wäre wenig sinnvoll und mit dem Wesen und der Funktion der tatsächlichen Personensorge als einem tagtäglich verschieden gearteten, in stets wechselnden Maßnahmen zum Ausdruck kommenden Recht, für das geistige und leibliche Wohl eines Kindes zu sorgen, unvereinbar, wenn man dem minderjährigen Elternteil gerade den aus seiner Pflicht resultierenden wichtigsten Anspruch, den Herausgabeanspruch, versagen würde²⁰¹.

Für eine derartige unzweckmäßige und inkonsequente Regelung läßt sich auch nicht mit dem Hinweis auf mögliche finanzielle Prozeßrisiken oder schuldrechtliche Verpflichtungen votieren²⁰², da familienrechtliche Ansprüche ihrem Wesen nach grundsätzlich nicht anhand finanzieller Erwägungen beurteilt werden können.

Die Ablehnung einer quasi personenrechtlichen Prozeßfähigkeit minderjähriger Sorgeberechtigter müßte weiterhin zu der Schwierigkeit führen, daß unter Umständen kaum eine Herausgabeklage wirksam erhoben werden könnte, wenn der gesetzliche Vertreter des Elternteils

(Vormund, Pfleger, Eltern der minderjährigen Mutter) wegen durchaus akzeptabler Gründe die Klage nicht erheben will. Ein umständlicher zeitraubender Weg durch Entlassung des Vormundes oder Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1666, 1837, die nach einer beachtlichen Meinung Verschulden voraussetzen, bieten keine im Interesse des Kindeswohles und des Sorgerechtes gebotene schnelle Lösung und sind als wenig praktikabel abzulehnen²⁰³.

Dem Gesetz ist eine Durchbrechung der in §§ 50 ff. ZPO enthaltenen Grundsätze über die Prozeßfähigkeit auch nicht fremd und in §§ 612, 640 b ZPO ist der Umfang der Prozeßfähigkeit in Ehesachen und Ehelichkeitsanfechtungsklagen ausdrücklich erweitert worden. Außerdem ist im Entmündigungs- bzw. Wiederaufhebungsverfahren gem. §§ 664 Abs. II, 675, 684 Abs. I, 685 ZPO der Entmündigte prozeßfähig.

Mit Recht hat der Gesetzgeber dort, wo das Verfahren unmittelbare Auswirkungen auf den Bereich von Ehe und Familie ausstrahlt, wie z. B. bei der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, oder wegen des höchstpersönlichen Charakters der Ehe²⁰⁴, eine Ausnahme vom Grundsatz des § 52 ZPO gemacht. Da der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes ebenfalls als eine höchstpersönliche und durch § 1673 Abs. II S. 3 mit außerordentlichem Schutz vor der Einwirkungsmacht Nicht-Personensorgeberechtigter ausgestattete Befugnis anzusehen ist, muß daher die minderjährige Mutter für die Geltendmachung des Herausgabeanspruches als prozeßfähig angesehen werden²⁰⁵.

Die Prozeßfähigkeit der minderjährigen Mutter für die Geltendmachung des Herausgabeanspruches läßt sich nicht auf eine analoge Anwendung der §§ 112, 113 stützen, da diese Tatbestände mit jenem des § 1673 Abs. II nicht vergleichbar sind.

Personenrechtliche Zuordnungen - des Kindes zur Mutter bezüglich der Personensorge - und die in §§ 106 ff. geregelte Verpflichtungsfähigkeit folgen unterschiedlichen Zwecken und weisen keine rechtlich relevante Ähnlichkeit auf. Während die §§ 112, 113 den Schutz vor wirtschaftlich-finanziellen Risiken in einem ganz bestimmten Bereich einschränken, steht in § 1673 die Gewährleistung optimaler Bedingungen für ein psychisch und physisch gesundes Aufwachsen der Kinder im Vordergrund. Während die §§ 107 ff. Minderjährige vor den von ihnen oft nicht erkennbaren Folgen rechtsgeschäftlicher Handlungen bewahren sollen, hat § 1673 den Schutz und die Pflege des Kindes durch seine Mutter zum Ziel. Da beide Tatbestände nach Intention und Zweck derart verschieden sind, ist auch eine analoge Anwendung der §§ 112, 113 in bezug auf die prozessuale Geltendmachung des Herausgabeanspruches einer minderjährigen Mutter nicht möglich.

Die Prozeßfähigkeit der minderjährigen Mutter ergibt sich vielmehr aus dem Schutzzweck des § 1673 Abs. II S. 3, 2. Halbsatz. Da der Gesetzgeber der minderjährigen Mutter in bezug auf die tatsächliche Personensorge gegenüber dem Vormund oder Pfleger eine Vorrangstellung eingeräumt hat, kann sie diese Position zum Wohle des Kindes nur dann wirksam ausfüllen, wenn sie auch zur Geltendmachung des aus der Personensorge fließenden Aufenthaltsbestimmungsrechtes befugt ist.

Andernfalls wäre ihre starke Stellung im Bereich der Personensorge in einem wesentlichen Punkt ganz erheblich beeinträchtigt und dem Grundgedanken, daß das Kind nicht von Dritten, sondern nach Möglichkeit von der eigenen Mutter umsorgt und behütet werden sollte, würde nicht in dem für das Kindeswohl erforderlichen Maße Rechnung getragen werden können.

Dieser Grundsatz läßt sich auch auf die (seltenen) Fälle anderer minderjähriger Personensorgeberechtigter entsprechend anwenden²⁰⁶.

Wenn das Vormundschaftsgericht nach pflichtgemäßer Prüfung ausnahmsweise einem nicht volljährigen Dritten die tatsächliche Personensorge und damit das Aufenthaltsbestimmungsrecht überträgt, dann müssen die dem übertragenen Recht immanenten Befugnisse, die dem Aufenthaltsbestimmungsrecht überhaupt erst seinen praktischen Sinn geben, dem Berechtigten zur Geltendmachung zur Verfügung stehen. Andernfalls würde das in der tatsächlichen Personensorge wurzelnde Recht zur Aufenthaltsbestimmung zu einer weitgehend stumpfen Waffe verkümmern und der Sorgeberechtigte wäre am Einsatz einer seiner wichtigsten Abwehrmöglichkeiten gegen Störungen Dritter praktisch weitgehend gehindert. Diese Konsequenz liefe auch den Interessen des Kindeswohles zuwider, da die Innehabung bzw. Übertragung der Personensorge stets und gerade im Interesse des Kindeswohles erfolgt und für den Personensorgeberechtigten daher grundsätzlich die widerlegbare Vermutung gilt, am besten zur Sorge für die Person des Kindes geeignet zu sein.

III

Definition des Begriffes "Dritter" in Absatz I.

Aus der Systematik des Gesetzes, das in Absatz I zwischen Eltern und anderen, d. h. Dritten, unterscheidet, kann nicht mehr als eine generelle Zuständigkeitsregelung entnommen werden und für bestimmte Personengruppen bedarf es näherer Erörterung, ob diese unter den Begriff "Dritter" im Sinne des Abs. I fallen oder nicht.

1)

Anspruch der nichtehelichen Mutter gegen den nichtehelichen Vater.

Obwohl es sich um einen Herausgabestreit zwischen leiblichen Eltern handelt, ist hier nur der ordentliche

Rechtsweg zulässig²⁰⁷, denn die Voraussetzungen des Abs. II liegen in diesen Fällen nicht vor. Die Begründung, daß der nichteheliche Vater nicht "Elternteil" im Sinne des Abs. II sei, weil er nicht mit dem Kind als verwandt im Rechtssinne anzusehen sei²⁰⁸, ist durch die seit 1. 7. 1970 wirksame ersatzlose Streichung des Abs. II des § 1589 nicht mehr stichhaltig. Dennoch steht das Ergebnis im Einklang mit dem neuen Nichtehelichenrecht, da der nichteheliche Vater kraft Gesetzes keine elterliche Gewalt über das nichteheliche Kind hat (§ 1705) und daher ein Streit über die elterliche Gewalt zwischen den Elternteilen begrifflich gar nicht vorliegen kann.

Abs. II findet auch keine entsprechende Anwendung, denn wie sich aus der amtlichen Begründung zum Entwurf des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. 6. 1957 (BGBl. I S. 609)²⁰⁹ ergibt, ließ sich der Gesetzgeber bei der Einführung des Abs. II zu § 1632 von der Vorstellung leiten, daß im Falle nicht nur vorübergehender Trennung der Eltern (§ 1672) oder nach Scheidung der Ehe der Eltern (§ 1671) das Vormundschaftsgericht berufen ist, die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zu regeln und es im übrigen bei der bisherigen Regelung verbleiben soll.

Es trifft zwar zu, daß der herausgabeverlängende nichteheliche Vater ein "Elternteil" im Sinne des Wortlautes des § 1632 Abs. II ist. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß nach den Vorstellungen und dem Willen des Gesetzgebers ein Streit im Sinne des Abs. II zur zwischen solchen Elternteilen stattfindet, denen der Substanz nach die elterliche Gewalt gemeinsam zusteht und die sich über die Ausübung eines Bestandteiles dieser gemeinsamen Gewalt streiten (im Falle nicht nur vorübergehender Trennung oder nach Scheidung der Ehe). Da der nichteheliche Vater nach § 1705 kraft Gesetzes keine

elterliche Gewalt über sein nichteheliches Kind hat, liegt daher kein Streit über die Ausübung eines Teiles der gemeinsamen elterlichen Gewalt vor und er kann nicht als "Elternteil" im spezifisch-technischen Sinne des § 1632 Abs. II angesehen werden.

Die Gegenmeinung, derzufolge in diesen Fällen nicht das Prozeßgericht, sondern das Vormundschaftsgericht entscheiden müsse, weil das Herausgabeverlangen im Sorgerecht wurzele und die Sorgerechtsregelung vom Vormundschaftsgericht im Interesse des Kindes geändert werden könne^{209a}, ist nicht überzeugend.

Die aus der zutreffenden Feststellung, daß das Herausgabeverlangen auf dem Sorgerecht basiert, gezogene Schlußfolgerung muß deshalb fehlgehen, weil die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Sorgerecht und die jederzeitige Eingriffs- und Änderungsbefugnis des Vormundschaftsgerichtes nach §§ 1666, 1696 in keinen kompetenzmäßig relevanten rechtlichen Zusammenhang gebracht werden dürfen. Hier handelt es sich um zwei verschiedene, nicht zu vermengende Regelungen. Auf Grund des sorgerechtlichen Ursprungs des Herausgabeanpruches würde andernfalls j e d e s Herausgabeverlangen - gleichgültig wer gegen wen - vor das Vormundschaftsgericht kommen und Abs. I des § 1632 wäre gegenstandslos.

Obgleich es sehr zu begrüßen wäre, wenn für a l l e mit Ehe und Familie zusammenhängenden Fragen sogenannte Familiengerichte geschaffen würden, ist bei der gegenwärtigen Rechtslage auch nach dem neuen Nichtehelichenrecht ein Anspruch der nichtehelichen Mutter gegen den nichtehelichen Vater ausschließlich nach Abs. I des § 1632 geltend zu machen.

2)

Anspruch der nichtehelichen Mutter gegen die Mutter des nichtehelichen Vaters und das Jugendamt.

Die Mutter des nichtehelichen Vaters und somit Großmutter des nichtehelichen Kindes kann nicht als "Elternteil" im Sinne des Abs. II angesehen werden. Sie ist auch kein "juristischer" Elternteil, sondern vielmehr eine Verwandte und somit Dritte, so daß ein gegen sie gerichteter Herausgabeanspruch mit dem Sinn des Abs. II, der eine Regelung bei Streit der Eltern untereinander bezweckt, unvereinbar ist und nur nach Abs. I geltend gemacht werden kann²¹⁰.

Desgleichen läßt sich auch der Herausgabeanspruch der nichtehelichen Mutter gegen das Jugendamt als Amtsvor mund unter Abs. I subsumieren, da es als eine Behörde schwerlich als ein wenn auch "juristischer" Elternteil angesehen werden kann. Eine derartige Konstruktion würde nicht nur das Stilempfinden erheblich strapazieren, sondern auch unnötig verkrampft wirken, da es keine Schwierigkeit bedeutet, jene Sorgeberechtigten, die wie z. B. eine Behörde nicht als Elternteil angesehen werden können, unter die Regelung des Abs. I fallen zu lassen und somit die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes zu indizieren²¹¹.

Entsprechendes gilt auch für die umgekehrten Fälle, in denen der nichteheliche Vater gegenüber der nichtehelichen Mutter bzw. deren Eltern und dem Jugendamt die Herausgabe des nichtehelichen Kindes geltend machen will, da es sich hier ebenfalls um die oben (III 1) dargestellte Problematik handelt.

3)

Anspruch des Jugendamtes gegen den nichtehelichen Vater.

Da die minderjährige nichteheliche Mutter selbst entweder unter elterlicher Gewalt (§ 1626) oder unter Vormundschaft (§ 1773) steht, ruht gem. § 1673 Abs. II ihre elterliche Gewalt mit der Maßgabe, daß ihr das Recht und die Pflicht zur tatsächlichen Personensorge und somit das Aufenthaltsbestimmungsrecht verbleibt und sie in diesen Fragen den Entscheidungsvorrang gem. § 1673 Abs. II S. 3 hat. Das Kind einer minderjährigen nichtehelichen Mutter steht gem. § 1791 c unter Vormundschaft des Jugendamtes des Geburtsortes. Wenn das Aufenthaltsbestimmungsrecht der nichtehelichen Mutter z. B. durch deren Tod erloschen ist, wird das Jugendamt Träger des tatsächlichen Personensorgerechtes und ist daher zur Geltendmachung des Herausgabeanspruches auch gegenüber dem nichtehelichen Vater berechtigt, wenn diesem nicht vom Vormundschaftsgericht die tatsächliche Personensorge oder als Teil das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen wurde²¹².

Da der nichteheliche Vater zwar Elternteil, aber nicht Inhaber der elterlichen Gewalt oder eines Teiles von dieser ist, ermangelt es schon hier am Tatbestand des Abs. II, der einen Streit in bezug auf die gemeinsam zustehende oder ehemals innegehabte elterliche Gewalt voraussetzt und weiterhin kann, wie oben dargelegt, das Jugendamt, da es eine Behörde ist, nicht als Elternteil im Sinne des Abs. II angesehen werden. Der Herausgabeanspruch des Jugendamtes als Amtsvormund ist daher nur nach Abs. I geltend zu machen.²¹³

Die Gegenmeinung will in diesen Fällen das Vormundschaftsgericht nach Abs. II zuständig sein lassen, da das Herausgabebegehren im Sorgerecht wurzele und die Sorgerechtsregelung vom Vormundschaftsgericht im Interesse des Kindeswohles jederzeit geändert werden könne²¹⁴.

Aus dieser zutreffenden Feststellung über die Unabhängigkeit des Vormundschaftsgerichtes ist eine unscharfe Konsequenz gezogen worden, denn nicht nur im Falle des Abs. II, sondern i m m e r bei dem Anspruch auf Herausgabe eines Kindes ergibt sich die Aktivlegitimation aus der Personensorge und speziell dem Aufenthaltsbestimmungsrecht. Die weitere Folgerung der Gegenmeinung ist ebenfalls nicht zwingend, denn aus der Tatsache, daß der Vormundschaftsrichter gem. §§ 1666, 1696 stets eine anderweitige, dem Streitgericht zuwiderlaufende Sorgerechtsregelung treffen kann, läßt sich eine Umgehung der im Tatbestand des § 1632 normierten Zuständigkeitsregelung nicht rechtfertigen. Da bei dem Herausgabeanpruch des Jugendamtes gegen den nichtehelichen Vater die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. II nicht gegeben sind, kann nur das Prozeßgericht zuständig sein. Wollte man der Gegenmeinung folgen, würde Abs. I praktisch gegenstandslos, denn jedes Herausgabeverlangen basiert auf einem Teilgebiet der Personensorge und unterliegt der jederzeitigen Änderungsbefugnis des Vormundschaftsgerichtes.

IV

Die Erhebung der Klage.

Auch durch die Neufassung des § 1632 ist die Frage nicht geregelt worden, ob die Eltern, wenn sie beide die tatsächliche Personensorge auszuüben berechtigt sind, die Herausgabeklage gemeinsam erheben müssen (vgl. oben Erster Teil B IV 2), oder ob diese Klage auch von einem Elternteil allein erhoben werden kann²¹⁵.

1) Einvernehmen zwischen den Eltern.

Da der Herausgabeanspruch einen Ausfluß des beiden Eltern gemeinsam zustehenden Aufenthaltsbestimmungsrechtes darstellt, ist er nur begründet, wenn zwischen den Eltern über das Herausgabeverlangen Einigkeit besteht. Aus dieser Verknüpfung zwischen gemeinsamem Sorgerecht und Aufenthaltsbestimmungsrecht wird dann verschiedentlich die Folgerung gezogen, daß die Herausgabe des Kindes von Dritten nur von beiden Eltern gemeinsam verlangt werden kann²¹⁶. Dabei wird jedoch nicht näher auf die sich aus dieser Ansicht ergebenden prozessualen Folgen eingegangen und es bleibt weitgehend offen, ob eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 ZPO vorliegt²¹⁷ und es wird auch nicht immer klar genug zwischen den Voraussetzungen zur Klageerhebung und dem angestrebten Klageziel unterschieden.

Die Frage, ob bei Einigkeit der Eltern nur beide gemeinsam die Herausgabeklage erheben können, ist weniger unter den prozessualen Gesichtspunkten einer notwendig einheitlichen Sachentscheidung beiden Eltern gegenüber bzw. einer notwendig gemeinschaftlichen Klage im Sinne des § 62 ZPO zu beurteilen, sondern aus dem Wesen des familienrechtlichen Herausgabeanspruches zu beantworten.

Dieser steht gem. § 1626 grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zu und geht auf Herausgabe an beide. Im Falle der Einigkeit der Eltern über die Herausgabe bestehen jedoch keine Bedenken, jeden Teil von beiden für berechtigt zu halten, die Herausgabe von Dritten in einer Form zu verlangen, die dem Herausgabeanspruch des anderen Elternteiles nicht zuwiderläuft, nämlich durch Herausgabebegehren an beide Elternteile gemeinsam. Aus dem Wesen der elterlichen Gewalt und damit der tatsächlichen Personensorge als ein Recht und vor allem einer Pflicht der Eltern für das geistige und leibliche Wohl ihrer Kinder zu sorgen, ergibt sich, daß der Herausgabeanspruch

gegen Dritte stets in Ausübung der elterlichen Sorge für die Person des Kindes geltend gemacht wird.

Dabei ist davon auszugehen, daß sich in einer funktionierenden Ehe bzw. in den Fällen bestehender Einigkeit der Eltern über die Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber Dritten der eine Elternteil bei der Wahrnehmung der Sorge für die gemeinsamen Kinder in der Regel zum Sprecher auch des anderen Elternteiles macht²¹⁸. Diese Vermutung eines gegenseitigen stillschweigenden Einverständnisses der Eltern untereinander bei der Wahrnehmung der Sorge für die Kinder beruht auf einer im Bereich von Ehe und Familie besonders notwendigen, möglichst lebensnahen Betrachtungsweise und entspricht auch besser den tatsächlichen Lebensverhältnissen als eine an prozessualen Gesichtspunkten orientierte Regelung. Das Herausgabebegehren nur eines Elternteiles an beide bei grundsätzlicher Vermutung der Zustimmung des anderen Elternteiles ist daher prozessual als ein Fall gewillkürter Prozeßstandschaft (Geltendmachung fremden Rechts im eigenen Namen) zu beurteilen²¹⁹.

Die Erhebung der Klage nur durch einen Elternteil mit dem Klageziel der Herausgabe des Kindes an beide ist daher grundsätzlich als zulässig zu erachten und bei Einverständnis des anderen Elternteiles kann die Herausgabe auch nur an den die Klage erhebenden Elternteil gefordert werden.²²⁰

Falls der Beklagte die Prozeßführungsbefugnis des Klägers rügt, wird man auf Grund der Vermutung prinzipieller Zustimmung des anderen Elternteiles nicht verlangen können, daß der Kläger die Zustimmung des anderen Elternteiles nachzuweisen verpflichtet ist. Die Beweislastfrage ist in diesen Fällen vielmehr derart gelagert, daß der Belagte schlüssig darlegen muß, daß der andere Elternteil mit dem Herausgabebegehren nicht einverstanden sei und infolgedessen die grundsätzliche Vermutung gewillkürter Prozeßstandschaft keine Anwendung finden könne.

Diese Beweislastregelung zu Ungunsten des Beklagten erfährt jedoch eine Umkehrung in jenen Fällen, in denen der Kläger nicht Herausgabe an beide Elternteile, sondern nur an sich begehrt. Hier muß er vielmehr darlegen, warum er abweichend von dem Grundsatz des § 1626 das Aufenthaltsbestimmungsrecht für sich allein in Anspruch nimmt, da hier durch die Vermutung prinzipiellen Einverständnisses zwischen den Eltern das Übergewicht eines Elternteiles nicht gedeckt wird und er insofern den Nachweis für seine weitergehende Anspruchsberechtigung wird erbringen müssen²²¹.

Aus dem Grundsatz des stillschweigenden gegenseitigen Einverständnisses der Eltern bei der Wahrnehmung der Sorge für die Kinder²²² läßt sich auch bei einer geringeren Intensität des Einvernehmens, der Duldung des anderen Elternteiles, unschwer die Zulässigkeit der Klage nur eines Elternteiles auf Herausgabe an beide oder nur an sich unter den oben genannten Voraussetzungen anerkennen. Die Duldung des einen Elternteiles bezüglich der Herausgabeklage des anderen Elternteiles unterscheidet sich im Hinblick auf das Klageziel so wenig von ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung, daß eine andere rechtliche Beurteilung in diesen Fällen weder notwendig noch sinnvoll ist.

2)

Desinteresse eines Elternteiles.

Schwieriger ist die Rechtslage, wenn kein Einvernehmen zwischen den Eltern herrscht und ein Elternteil sich an der Herausgabe des Kindes einerseits desinteressiert zeigt, andererseits aber auch nicht den Willen äußert, das Kind beim Beklagten zu belassen. In diesen Fällen, in denen der andere Elternteil der Herausgabe nicht widerspricht, sondern auf diese keinen Wert legt, wäre es

wenig sinnvoll, die Klage nur bei Herausgabe des Kindes an den Kläger und den desinteressierten Elternteil zuzulassen. Vielmehr wird man hier die Klage, das Kind an den Kläger allein herauszugeben, zulassen müssen²²³, denn es handelt sich auch um keine zunächst vom Vormundschaftsgericht zu klärende Meinungsverschiedenheit der Eltern untereinander über die Ausübung des gemeinsam zustehenden Aufenthaltsbestimmungsrechtes.

Selbst falls der Kläger durch seinen eigenen Klageantrag, demzufolge der andere Elternteil auf die Herausgabe keinen Wert legt, die grundsätzliche Vermutung beiderseitigen stillschweigenden Einverständnisses widerlegt, ist es nicht einzusehen, warum der Kläger dartun müsse, daß der andere Elternteil an der Herausgabe des Kindes desinteressiert sei²²⁴, wenn der Beklagte die Zulässigkeit der Klage und damit des allein zu Gunsten des Klägers geltend gemachten Herausgabebegehrens rügt.

In den Vindikationsverfahren ist allein die Innehabung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes von Bedeutung. Da im vorliegenden Falle der Beklagte mangels eines Aufenthaltsbestimmungsrechtes das Kind in jedem Falle wird herausgeben müssen - sei es an den Kläger allein oder zusammen an den anderen Elternteil -, erscheint es wenig sinnvoll, dem Beklagten ein diesbezügliches Rüge-recht zuzugestehen; mit der Folge, daß auch die entsprechende Beweispflicht des Klägers entfielen. Rügerecht und Beweispflicht könnten nur von Bedeutung sein, wenn der Beklagte wirklich eine Chance hätte, der Herausgabepflicht zu entgehen. Da diese Möglichkeit in vorliegendem Fall jedoch nicht besteht, sollte der Herausgabeanspruch auch nicht auf diese Weise vereitelt werden können.

V

Klageerhebung nur eines Elternteils gegen den erklärten Willen des anderen Teils.

Falls ein Elternteil die Herausgabe des Kindes verlangen und der andere Elternteil das Kind bei dem Dritten belassen will, liegt zwischen den Eltern eine Meinungsverschiedenheit bezüglich der Ausübung des grundsätzlich unbestrittenen gemeinsamen Aufenthaltsbestimmungsrechtes vor, die zunächst einer Klärung bedarf.

1)

Zum Rechtszustand in der Zeit vom 1. 4. 1953 bis 30. 6. 1958.

Da nach Art. 117 Abs. I GG das dem Art. 3 Abs. II GG entgegenstehende Recht am 31. 3. 1953 außer Kraft getreten war (vgl. oben Erster Teil B IV 2), bestand bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes am 1. 7. 1958 auch auf dem Gebiet der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich des Aufenthaltsbestimmungsrechtes eine normenlose Zeit, in der die Rechtsprechung jahrelang ohne direkte gesetzliche Grundlage arbeiten mußte und eine Periode des "Zwischenrechtes" herrschte. Einigkeit bestand lediglich darüber, daß seit dem 1. 4. 1953 die elterliche Gewalt beiden Eltern gemeinsam zustand²²⁵.

Am stärksten umstritten war naturgemäß die Frage, wie zu verfahren sei, wenn die Eltern sich bei Ausübung der elterlichen Gewalt nicht einigen konnten. Das Gesetz schwieg, da die alte Regelung der Entscheidungsbefugnis des Vaters seit dem 1. 4. 1953 nicht mehr galt und eine Lösung bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Elternteilen dem Gesetz nicht unmittelbar zu entnehmen war.

2)

Defektive Rechtsbesserung praeter legem.

Da die Konstruktion eines "liberum veto", einer unregelmäßigen Meinungsverschiedenheit, wegen der Gefahr einer Verletzung des Kindeswohles (die Eltern können sich z.B. über die Einweisung des erkrankten Kindes in ein Krankenhaus nicht einigen) im Bereich der elterlichen Gewalt zu untragbaren Konsequenzen geführt hätte, mußten die um Entscheidung angegangenen Gerichte eine Lösung der offenen Fragen versuchen, sofern sie sich nicht dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aussetzen wollten. Die Gerichte befanden sich in der "Weglosigkeit" einer unausweichlichen Frage, in einer nicht zu beseitigenden Problemsituation²²⁶, und mußten auf ihre Weise einen gangbaren Weg finden.

Die Judikative ist zur Rechtsfortbildung befugt, wenn das Gesetz bzw. System der zur unmittelbaren Anwendung heranzuziehenden Rechtssätze "lückenhaft" ist, also für die Entscheidung des Richters keine geeignete Grundlage darstellt.

Die fehlende Lösung von Meinungsverschiedenheiten der Eltern im Bezug auf die Ausübung der elterlichen Gewalt stellt eine Regelungslücke²²⁷ dar, denn die Regelung eines bestimmten Sachbereiches (Verteilung und Innehabung der elterlichen Gewalt) enthält hier keine besondere Bestimmung für eine Frage, die im Zusammenhang dieser Regelung mitentschieden werden müßte und ohne die eine Regelung unvollständig ist. Es fehlt eine Regel, deren Vorhandensein nach dem Sinn und dem Grundgedanken der gemeinsamen Innehabung der elterlichen Gewalt erforderlich ist, denn daß es an gemeinsamer Willensbildung in einer Zweiergruppe bei vielen Entscheidungen im Bereich der elterlichen Gewalt ermangeln kann oder sogar muß, ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten.

Da diese Regelungslücke nicht innerhalb einer isolierten Norm, sondern innerhalb einer *t o t a l e n* Norm liegt, die zur Entscheidung eines Falles berufen ist, handelt es sich um eine *R e c h t s l ü c k e*²²⁸. Die elterliche Gewalt stellt einen weitumfassenden Normenbegriff dar, der seinerseits durch einzelne isolierte Normen wie Vermögenssorge, Personensorge, Aufenthaltsbestimmungsrecht, die in einzelnen Rechtssätzen greifbaren Belege der Norm, aufgefächert wird. Der Begriff der elterlichen Gewalt bildet die übergeordnete Gesamtheit jener Einzelbestimmungen eines Bereiches auf dem Gebiete des Familienrechtes; gewährt somit als Totalnorm die Deckung für die Detailbestimmungen und reicht durch diese in die Regelung des konkreten Falles hinein.

Diese Unvollständigkeit und damit Ergänzungsbedürftigkeit der Vorschrift über die elterliche Gewalt im Sinne einer Regelungs- und Rechtslücke kann auch nicht durch die Konstruktion beseitigt werden, derzufolge das Schweigen des Gesetzes zu dieser bestimmten Frage "beredt" sei und eine abschließende und erschöpfende Regelung gar nicht erfolgen sollte²²⁹. Die Vermutung, daß der Gesetzgeber mit wohlbedachter Absicht eine Anpassung der Vorschriften über die elterliche Gewalt an den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. II GG und hier insbesondere die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten der Eltern untereinander nicht habe vornehmen wollen, entbehrt jeder Grundlage und wird auch durch das Verhalten des Gesetzgebers selber widerlegt, der durch die Neufassung des § 1628 auf Grund des Gleichberechtigungsgesetzes durchaus seinen Willen zu einer Regelung erkennen ließ und es nicht bei der Schaffung von Richterrecht belassen wollte.

Die Ausfüllung dieser Rechtslücke durch defektive Rechtsbesserung *praeter legem* im Wege einer Rechtsanalogie²³⁰ hat sich an der Grundfrage zu orientieren, was hier und

jetzt jeweils gerecht ist. Gäbe es diese ewige Frage nach dem jeweils rechten Ausgleich und dem jeweils menschlich Richtigen überhaupt nicht, fehlte das Bedürfnis nach einer Jurisprudenz im eigentlichen Sinne²³¹.

Ausgangspunkt der Beurteilung einer Entscheidungskompetenz im Elternstreit bildet Art. 3 Abs. II GG, der seinem Wesen nach selektiv wirkt (was im geltenden Recht mit unseren Vorstellungen des paritätischen Rechtes von Mann und Frau unvereinbar ist, soll ausgeschieden werden) und gleichzeitig mit seinem Anpassungsgebot zur interpretativen und konstruktiven Anpassung der geltenden Institutionen auffordert²³². Dabei ist die Verfassung, die ein Gesetz darstellt, das durch bestimmte Entscheidungen einen bestimmten Zustand politischer Gesamtordnung festlegt, im Hinblick auf die denkbaren und so konkret wie möglich vorgestellten Fälle ihrer Anwendung zu interpretieren²³³.

Die näheren Kriterien dafür, was bezüglich der Entscheidungsmöglichkeit auf dem Gebiet der elterlichen Gewalt von Mann und Frau mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz der Verfassung vereinbar ist und was nicht, ergeben sich jedoch nicht allein aus der juristischen, sondern nur aus der gesamten Kulturverfassung eines Volkes. Der Richter muß sich nicht nur fragen, w a s der Rechtssatz bedeutet, sondern auch, w i e es gilt. Das hängt von der dem Rechtssatz innewohnenden Kraft ab, von der Struktur der Gesellschaft für die er besteht und von der Beschaffenheit derer, die ihn handhaben²³⁴.

3)

Die Rechtsprechung im Zwischenrecht.

Die Gerichte stellten sich ganz überwiegend auf den Standpunkt, daß bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern

in Fragen der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Gewalt das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung zuständig sei²³⁵. Die von der Rechtsprechung mit unterschiedlicher Begründung und Konstruktion unternommenen Lösungsversuche konnten jedoch nicht befriedigen.

So operierte der Bundesgerichtshof²³⁶ mit einer entsprechenden Anwendung der §§ 1797, 1798 und mußte sich mit Recht entgegenhalten lassen, daß sich aus der weitgehenden Anpassung der Rechtsstellung des Vormundes an jene des Inhabers der elterlichen Gewalt nicht auch umgekehrt die entsprechende Anwendung vormundschaftsrechtlicher Bestimmungen auf die Eltern herleiten läßt²³⁷. Soweit die Gerichte die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes aus einer entsprechenden Anwendung des § 1629 a. F. herleiten wollten²³⁸, orientierten sie sich an einer Vorschrift, die den Meinungsstreit zwischen einem Elternteil und dem Pfleger betraf, also zwischen zwei Personen, von denen keiner im Regelfalle die volle elterliche Gewalt ausüben kann.

Der Versuch, die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes aus entsprechender Anwendung der §§ 1666, 1667 herzuleiten²³⁹, konnte ebenfalls nicht befriedigen, denn aus der Tatsache allein, daß die Eltern sich nicht zu einigen vermochten, wäre jedenfalls in der Regel noch keine *s c h u l d h a f t e* Gefährdung des Kindeswohlens zu erblicken gewesen. Wenn man schon der (irrigen) Auffassung folgte, daß § 1666 nicht nur objektiv pflichtwidriges, sondern auch schuldhaftes Verhalten der Eltern voraussetzt, hätte zwischen dem Tatbestand einer Meinungsverschiedenheit und einem Schuldvorwurf zumindest erheblich schärfer differenziert werden müssen.

4)

Die gegenwärtige Rechtslage.

Durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 29. 7. 1959²⁴⁰, das den § 1628 und Abs. I des § 1629 in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes für unvereinbar mit dem Gleichberechtigungsgebot des Grundgesetzes und daher nach zutreffender Meinung mit Gesetzeskraft für nichtig erklärte, wurde die alte Rechtslage, wie sie vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes in der Zeit des Zwischenrechtes bestanden hatte, wiederhergestellt.

Bezüglich der Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern über die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Gewalt bestand also nun wieder bzw. besteht nach wie vor unverändert eine Rechtslücke, wie sie durch Art. 117 GG seit dem 1. April 1953 entstanden war.

Die Frage, ob durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes eine Restitution des status quo ante erfolgt sei²⁴¹, ist nicht relevant, da diese alte Regelung unstreitig mit Art. 3 Abs. II GG unvereinbar und daher nach einhelliger Meinung seit dem 1. 4. 1953 außer Kraft getreten war. Diese Auffassung wäre aber auch rechtlich nicht haltbar, da es keine Anhaltspunkte dafür gibt, daß das Gleichberechtigungsgesetz die Aufhebung der Bestimmungen des BGB von der Rechtswirksamkeit der neuen Bestimmungen abhängig machen wollte und außerdem in den §§ 1626, 1627 n. F. bereits eindeutig die gleichmäßige elterliche Gewalt beider Eltern normiert wurde²⁴².

5)

Zur Stellung des Vormundschaftsgerichtes im
Meinungsstreit der Eltern.

Da die von der Rechtsprechung und Rechtslehre unternommenen Versuche, Voraussetzungen und Inhalt der Maßnahmen des Vormundschaftsgerichtes aus Gesetzesanalogien abzuleiten (vgl. oben V 3, 4), rechtlich fragwürdig und praktisch nicht immer zweckmäßig waren, kann die Stellung des Vormundschaftsgerichtes auf diese Weise nicht dogmatisch sauber begründet werden.

Vielmehr ist diese Rechtslücke im Wege defektiver Rechtsbesserung *praeter legem* (vgl. oben 2) durch eine *Rechtsanalogie* zu dem in der Verfassung niedergelegten Gleichheitsgrundsatz von Mann und Frau und sowohl zu den im Gesetz enthaltenen Bestimmungen über die elterliche Gewalt als auch zu den gesamten Befugnissen des Vormundschaftsgerichtes auszufüllen²⁴³.

Da kein System gefunden wurde und wohl auch schwerlich zu finden sein wird, das bei voller Realisierung des Gleichheitsgebotes zu einer rein innerfamiliären Klärung der Meinungsverschiedenheiten der Eltern führen könnte, muß notwendigerweise in Kauf genommen werden, daß der Elternstreit aus der Sozialgruppe Familie, d. h. aus der Zweiergruppe Eltern, herauswächst und in den staatlichen Bereich hineinwächst. Dabei bietet sich das Vormundschaftsgericht, das ohnehin wesentliche Funktionen im Bereich von Ehe und Familie innehat (Wächteramt des Staates), als streitentscheidende Instanz an. Diese Anrufung des Vormundschaftsgerichtes entspricht nicht nur der Tradition des deutschen Rechtes²⁴⁴, sondern diese Institution erscheint auch wie keine andere von ihrer Funktion und Tätigkeit her zur Hilfestellung und Lösung in Konfliktsituationen bei Ausübung der elterlichen Gewalt geeignet.

Die vielfach betonten Gefahren, daß die Einschaltung des Vormundschaftsgerichtes das Verantwortungsbewußtsein der Eltern schwächen und das Vormundschaftsgericht mit injudiziablen Elternstreitigkeiten belasten würde²⁴⁵, stellen keinen erheblichen Einwand dar, denn sie überschätzen die Beeinflußbarkeit der Elternmoral durch zivilrechtliche Möglichkeiten, weil es sich bisher und mit großer Wahrscheinlichkeit auch weiterhin fast ausschließlich um Fälle handelt, in denen ohnehin Maßnahmen des Vormundschaftsgerichtes nach §§ 1671, 1672 zu erwarten waren. Außerdem wird sich in diesen Konfliktsfällen vielfach die Notwendigkeit einer Maßnahme des Vormundschaftsgerichtes von Amts wegen gem. §§ 1666, 1696 ergeben, nämlich wenn die Uneinigkeit der Eltern zu einer Gefährdung des Kindeswohles führt und §§ 1696, 1666, richtig verstanden, kein Verschulden voraussetzen. Der Staat würde sein verfassungsmäßig verankertes Wächteramt verletzen, wenn er es dulden würde, daß in einer wichtigen, das Kindeswohl gefährdenden Angelegenheit keine befriedigende Regelung erfolgt.

Um ein "Hineinregieren des Vormundschaftsgerichts in Familienfragen" zu vermeiden und bei der Interessenkollision zwischen Wächteramt und Elternrecht dem letzteren die größtmögliche Priorität zu sichern, ist ein Tätigwerden des Vormundschaftsgerichts nur unter den Voraussetzungen, daß ein Antrag eines Elternteiles vorliegt, zur Abwendung einer objektiven Verletzung des Kindeswohles eine Entscheidung unabweisbar erforderlich ist (Vetosystem in Bagatellsachen), ein ernsthafter Einigungsversuch (auf Antrag oder durch Vermittlung des Vormundschaftsgerichts bzw. durch dessen Hinwirken) unternommen wurde und keine anderweitige Sonderregelung (z. B. §§ 1634, 1666, 1696) besteht, für zulässig zu erachten²⁴⁶.

Diese Grundsätze, die eine starre dogmatische Regelung vermeiden und eine optimale Lösung im Spannungsfeld zwi-

schen Elternrecht, Wächteramt und Gleichberechtigungsgrundsatz darstellen, bieten im konkreten Einzelfall die Möglichkeit des jeweils rechten Ausgleichs der widerstreitenden Interessen in Verbindung mit dem jeweils menschlich Richtigen.

6)

Kompetenzentscheidung des Vormundschaftsgerichts.

Der im Meinungsstreit der Eltern um Unterstützung quasi als "Schiedsrichter" und Instanz "letzter Linie" angegangene Vormundschaftsrichter darf keine Entscheidung in der Sache selbst treffen, da er sonst als Dritter unbefugt in innerfamiliäre Angelegenheiten "hineinregieren" würde. Seine Tätigkeit könnte als eine rechtsfürsorgerische bezeichnet werden²⁴⁷ und hat sich darauf zu beschränken, die Entscheidungszuständigkeit einem Elternteil allein zu übertragen (Kompetenz-Kompetenz). Zu einer von beiden Meinungen abweichenden Dritt-Entscheidung ist das Vormundschaftsgericht nicht befugt²⁴⁸ und tritt praktisch der Ansicht eines Elternteiles in der strittigen Frage bei.

Diese Regelung beruht auf dem Grundgedanken des Gesetzes, denn der für nichtig erklärte § 1628 ging von der eigentlich richtigen Vorstellung aus, daß die Sachentscheidung einer streitigen Familienangelegenheit nicht vom Vormundschaftsgericht, sondern innerhalb der Familie getroffen werden müsse, auch wenn sich die Eltern nicht zu einigen vermögen. Verfassungswidrig war an der gesetzlichen Regelung nur, daß dieser Stichentscheid von vorn herein dem Vater zustehen sollte. Die jetzige Regelung hält also an dem Prinzip des Stichentscheides ebenfalls fest, nur daß durch den Vormundschaftsrichter von Fall zu Fall die Stichentscheidungskompetenz nach objektiven Kriterien festgelegt wird.

Eine weitergehende Befugnis des Vormundschaftsgerichts mit eigener Entscheidungsmacht, wenn es sich um reine Rechtsfragen handelt oder die Einräumung dem jeweiligen Einzelfall anzupassender Gestaltungsmöglichkeiten²⁴⁹ sind im Hinblick auf den Schutz des Elternrechtes und nicht durch das Wächteramt zwingend gebotener Eingriffe abzulehnen. Beharren beide oder ein Elternteil auf Anträgen, die mit dem Kindeswohl unvereinbar sind, wird dadurch meistens eine stets von Amts wegen zu prüfende objektive Gefährdung des Kindeswohles vorliegen und dadurch ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 geboten sein.

Für eine Kompetenzentscheidung des Vormundschaftsgerichtes ist jedoch kein Raum bei jenen Akten der elterlichen Gewalt, die gleichzeitig eine Disposition über die elterliche Gewalt beinhalten und wo das Gesetz eine h ö c h s t p e r s ö n l i c h e und unersetzbare Zustimmungserklärung beider Eltern erfordert (z. B. § 4 Abs. II S. 1 BGB), denn wenn das Gesetz jedem Elternteil ausdrücklich das unersetzbare Recht gegeben hat, durch Verweigerung seiner Einwilligung eine Ehe des minderjährigen Kindes zu verhindern, kann dieses Recht nicht dadurch umgangen werden, daß eine Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichtes auf dem Wege über die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten geschaffen wird²⁵⁰.

7)

Konsequenzen für die Klageerhebung.

Wenn die Eltern sich also nicht einigen können, ob das Kind von einem Dritten herausverlangt werden soll oder nicht, so ist eine Klage nach § 1632 Abs. I erst dann möglich, wenn das Vormundschaftsgericht den Elternstreit zugunsten eines Elternteiles entschieden, d. h. seine Meinung für ausschlaggebend erklärt hat und dadurch zumindest das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht die-

sem Elternteil zuerkannte. Zwar hat jeder Elternteil je für sich ein subjektives Recht, in das ein Dritter auch dann noch rechtswidrig eingreift, wenn er mit Billigung des anderen Elternteiles handelt²⁵¹, doch jedes einseitige Handeln in dieser Situation (Herausgabeverlangen des einen Elternteiles gegenüber dem Dritten) würde seinerseits ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die elterliche Gewalt des anderen Teiles (der das Kind bei dem Dritten belassen will) bedeuten.

Wenn beide Eltern getrennt leben, ohne daß die Notwendigkeit einer Regelung nach § 1672 aufgetreten oder daß ein entsprechender Antrag gestellt worden wäre, und beide Eltern den Herausgabeanspruch geltend machen wollen, sich aber nicht einigen können, wohin das Kind herauszugeben sei, muß ebenfalls das Vormundschaftsgericht eine Regelung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht treffen. Da der Zustand der Belassung des Kindes bei dem Dritten in diesen Fällen von beiden Elternteilen mißbilligt wird, ist es geboten, diesen Zustand möglichst schnell zu beenden und daher die Herausgabeklage schon vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes zuzulassen²⁵². Es genügt, wenn die Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes bei Beginn der Zwangsvollstreckung vorliegt. Der Herausgabetitel ist dann entsprechend § 727 ZPO auf den Elternteil umzuschreiben, dem das Vormundschaftsgericht das Aufenthaltsbestimmungsrecht (oder mehr) zugesprochen hat. Im Interesse des von beiden Elternteilen als erforderlich gehaltenen Herausgabeverlangens kann daher der Beklagte auch nicht mit dem Einwand gehört werden, die Kläger seien sich über den zukünftigen Aufenthaltsort des Kindes noch nicht einig. Diese Frage ist vielmehr erst bei Vollstreckung des Herausgabeurteils von Bedeutung und muß dann durch eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts geklärt sein²⁵³.

VI

Klageziel.

Der Inhalt des Anspruches geht auf Herausgabe des Kindes. Das Gesetz selber gibt keine Definition dieses Begriffes. Was unter Herausgabe zu verstehen ist und wie sie praktisch zu erfolgen hat, ist von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängig.

1)

Grundsatz der Holschuld.

Der Herausgabeanspruch nach § 1632 Abs. I begründet an sich keine Pflicht, das Kind zurückzubringen, da wegen des absoluten Charakters dieses familienrechtlichen Herausgabeanspruches kein schuldhaftes Verhalten, das eine Restitutionspflicht zur Folge hätte, erforderlich ist²⁵⁴.

Wenn der Aufenthalt des Kindes bekannt ist und es der Verpflichtete nicht an seinen gegenwärtigen Aufenthaltsort verbracht (entführt) hatte, so erschöpft sich die Herausgabepflicht in der Schaffung einer Lage, welche dem Berechtigten die Möglichkeit gibt, das Kind ohne weitere Beschwernisse an sich zu nehmen. Der Beklagte ist also in diesen Fällen verpflichtet, alle Hindernisse zu beseitigen, die durch ihn (oder andere auf seine Veranlassung) dem Herausgabeberechtigten zum Zwecke der Vereitelung der Durchführung des Herausgabeanspruches entgegengestellt wurden. So wäre z. B. ein Dritter, der das Kind seinerseits in ein Heim verbracht hatte, verpflichtet, auf die Heimleitung einzuwirken, damit diese das Kind an den Kläger herausgibt²⁵⁵. Der Antrag, der in der Praxis meist auf "Herausgabe des Kindes" gerichtet ist, müßte also korrekterweise auf "Duldung der Abholung" lauten und würde ggf. die Einwirkungs- und Beseitigungspflicht des Beklagten beinhalten.

Wenn dagegen der Aufenthalt des Kindes unbekannt ist und der Beklagte das Kind dorthin weder selber wegführte noch durch andere Personen dorthin bringen ließ, also nicht schuldhaft handelte, dann kann der Antrag nur dahin gestellt werden, Auskunft über den Aufenthaltsort des Kindes zu erteilen und anzugeben, bei welchen Personen bzw. Institutionen (Heime) sich das Kind befindet.

2)

Bei Verschulden Bringschuld.

Wenn dagegen der Beklagte das Kind entführte oder auf irgendeine andere Weise schuldhaft das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern verletzte, dann ist er zur Naturalrestitution, d. h. zur Zurückschaffung des Kindes zu den Eltern verpflichtet. Die Duldungspflicht des Vollstreckungsschuldners schlägt also in Fällen schuldhaften Vorenthaltens in eine Zuführungspflicht um²⁵⁶. Daher ist der Beklagte in diesen Fällen nicht nur zur Preisgabe des verheimlichten Aufenthaltsortes und zur Beseitigung eventueller Hindernisse verpflichtet, sondern muß darüber hinaus das Kind zu den Eltern zurückbringen.

VII

Erlaß einstweiliger Verfügungen durch das Prozeßgericht.

Die Herausgabe eines Kindes kann durch das Prozeßgericht unter den Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO auch durch Erlaß einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden. Die unscharfe Abgrenzung zwischen den §§ 935 und 940 ZPO ist ohne praktische Bedeutung²⁵⁷ und es ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn die Anordnung der Herausgabe des Kindes durch das Prozeßgericht im Wege einstweili-

ger Verfügung auf § 940²⁵⁸ oder auf § 935 ZPO²⁵⁹ gestützt wird.

Voraussetzung ist lediglich, daß nicht besondere Vorschriften der ZPO für einstweilige Regelungen, hier besonders §§ 627 ff. ZPO, in Betracht kommen. Wenn die Eltern also weder in Scheidung leben noch die Voraussetzungen der §§ 1666, 1696 für ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes erfüllt sind, kann eine vorläufige Maßnahme im Einzelfalle durchaus vernünftig sein, wenn der Beklagte das Kind nicht herausgibt und die Gefahr besteht, daß er es den Eltern unerreichbar entziehen will. Bei dieser Sachlage, die eine mit allen zu Gebote stehenden Mitteln durchsetzbare Entscheidung und unverzügliches Handeln erfordert, kann die Erzwingung der Herausgabe im Wege einstweiliger Verfügung durchaus sinnvoll und der im Eilfalle einzig praktikable Weg sein.

Weiterhin ist in diesen Fällen von Bedeutung, daß das Vormundschaftsgericht in dem Herausgabestreit zwischen Eltern und Dritten nach § 1632 Abs. I die Herausgabe des Kindes weder anordnen noch vollziehen kann, da das Herausgabeverlangen vor dem Prozeßgericht das Vormundschaftsgericht nur in Ausnahmefällen zur Prüfung eines Eingreifens nach § 1666 veranlassen wird und auch durch die Neufassung des § 33 FGG an dieser Rechtslage nichts geändert wurde²⁶⁰. Gegenüber dem Kind sind die Eltern natürlich selbst befugt, die erforderlichen Maßnahmen durchzusetzen und können dabei gem. § 1631 Abs. II durch das Vormundschaftsgericht unterstützt werden.

Dritter Teil

Die Zwangsvollstreckung nach § 1632 Abs. I

I

Überblick über den Meinungsstreit

Da in der ZPO über die Art und Weise, wie das Urteil auf Herausgabe eines Kindes zu vollstrecken sei, keine besonderen Bestimmungen enthalten sind, war seit jeher streitig, nach welchen Vorschriften die Zwangsvollstreckung zu erfolgen habe.

So will die herrschende Praxis § 883 ZPO entsprechend anwenden²⁶¹, da § 888 ZPO im allgemeinen nicht herangezogen werden könne, weil nicht einzusehen sei, inwiefern die Herausgabe eines Kindes eine ihrem Wesen nach durch Dritte (Gerichtsvollzieher) nicht vornehmbare Handlung sei und andererseits hier die in § 887 ZPO vorgesehenen Maßnahmen nicht in Frage kommen könnten. Im übrigen erscheine es auch nicht bedenklich, an Stelle der Eltern dem Gerichtsvollzieher die Fürsorge für ihr Kind vorübergehend anzuvertrauen.

Die Gegenmeinung hält § 888 ZPO für die zutreffende Vorschrift²⁶² und lehnt eine entsprechende Anwendung des § 883 ZPO grundsätzlich ab, da Kinder kein Objekt seien, hinsichtlich dessen die Ausübung durch einen beliebigen Dritten möglich ist und es dem Vollstreckungsgläubiger nicht zugemutet werden könne, das Kind durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen und sich übergeben zu lassen.

Eine vermittelnde Auffassung will zwar grundsätzlich nach § 883 ZPO vorgehen, hält aber unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung des § 888 ZPO für erfor-

derlich²⁶³. Diese seien insbesondere dann gegeben, wenn die Vollstreckungsmöglichkeiten nach § 883 ZPO unzulänglich waren, weil der Schuldner das herauszugebende Kind zum Zwecke der Vereitelung der drohenden Vollstreckung ins Ausland gebracht hatte, wo eine Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher nicht statthaft ist, oder durch häufigen Aufenthaltswechsel die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher praktisch unmöglich machte bzw. durch Verbringung des Kindes an einen unbekannten Ort im Inland die Zwangsmittel des § 883 ZPO praktisch versagten. In derartigen Fällen sei tatsächlich die durchzusetzende Herausgabe eine lediglich von dem Vollstreckungsschuldner ausführbare, ausschließlich von dessen Willen abhängige Handlung im Sinne des § 888 ZPO.

Nach anderer Ansicht müsse zwischen dem Urteil auf Zuführung, die nach §§ 888, 890 ZPO zu beurteilen sei und der nach § 883 ZPO zu vollstreckenden Duldung der Abholung unterschieden werden²⁶⁴, während wieder andere bei Duldung der Abholung nach §§ 890, 892 ZPO und im übrigen, d. h. vor allem bei Zuführung, nach § 888 ZPO verfahren wollen²⁶⁵.

II

Differenzierter Lösungsversuch.

Die Vielzahl der Meinungen und die unterschiedlichen Lösungsversuche erfordern zunächst einmal die Klärung der Frage, ob nach den Regeln des Vollstreckungsrechtes der ZPO der Gerichtsvollzieher zur Vollstreckung eines Urteils auf Herausgabe eines Kindes durch Wegnahme desselben bei dem Dritten befugt sein kann.

1)

Zur Frage analoger Anwendung des § 883 ZPO im Falle der Herausgabe eines Kindes.

Die Feststellung, daß Personen und Sachen grundverschiedene Dinge sind, ist so selbstverständlich, daß sie fast als banal bezeichnet werden muß. Es ist jedoch nicht zutreffend, daraus weiterhin die Schlußfolgerung zu ziehen, daß eine analoge Anwendung des § 883 bei der Herausgabe von Kindern mit bekanntem Aufenthaltsort grundsätzlich abzulehnen sei oder unserem Rechtsgefühl widerspreche²⁶⁶.

Diese vom Begriff der "Sache" her ausgehende Argumentation stellt antithetisch den Begriff des "Menschen" gegenüber und muß daher zwangsweise zur Ablehnung einer analogen Anwendung des § 883 führen. Diese Problemstellung ist aber bereits in ihrem Ansatzpunkt verfehlt, da es im Bereich des Vollstreckungsrechtes nicht um den Wertgehalt von Menschen oder Sachen geht, sondern die einzig entscheidende Fragestellung muß hier lauten, ob die Art der Zwangsvollstreckung durch die Sacheigenschaft des herauszugebenden "Objektes" bestimmt wird oder nicht. Da das qualifizierende Tatbestandsmerkmal des § 883 ZPO - wie schon aus seiner systematischen Stellung im Bereich des 8. Buches der ZPO erkennbar ist - nicht der Sachbegriff, sondern der Anspruch auf Herausgabe ist (mag es sich um Personen oder Sachen handeln), wird die auf einen Sachbegriff abstellende Interpretation dem Sinn und der Interessenlage des § 883 ZPO nicht gerecht. Nicht auf das "Was", sondern auf das "Wie" kommt es hier in erster Linie an.

Auch der Gesetzgeber ging offenbar schon von der stillschweigenden Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 883 ZPO für die Herausgabe eines Kindes aus²⁶⁷.

Auch der Auffassung, daß die Wegnahme des Kindes durch den Gerichtsvollzieher unserem Rechtsgefühl widerspreche, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil irgend jemand mit staatlicher Autorität das Kind schließlich abholen muß und Gerichtsvollzieher ebenfalls Menschen und oftmals Familienväter sind. Wegen des Grundsatzes, daß sich der Gläubiger zum Zwecke der Vollstreckung von Urteilen der staatlichen Vollstreckungsorgane zu bedienen habe und Selbsthilfe nur in dem engen Rahmen des § 229 zulässig ist, würde die Wegnahme des Kindes bei dem Herausgabeverpflichteten praktisch kaum realisierbar sein, wenn statt des Gerichtsvollziehers die Herausgabeberechtigten oder eine psychologisch geschulte Fachkraft des Jugendamtes mit der Wegnahme betraut würden, da diese keine staatlichen Vollstreckungsorgane sind und infolgedessen auch nicht über die notwendigen Zwangsmittel verfügen, die zur Erzwingung der Herausgabe in der Praxis meistens erforderlich sind²⁶⁸.

Da in dem Prozeß- und anschließenden Vollstreckungsverfahren - das Kindeswohl durch eventuelle Maßnahmen ausschließlich des Vormundschaftsgerichtes nach § 1666 zu schützen ist, also eine Gefährdung des Kindeswohles im Vollstreckungsverfahren bis zum Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes nicht vorliegt, erscheint es auch nicht unangebracht, das Kind quasi als ein "Objekt" zu betrachten, da es auf seinen Willen hier überhaupt nicht ankommt und die Anwendung von Gewalt auf Seiten des Gerichtsvollziehers sich stets gegen den Vollstreckungsschuldner und nicht gegen das Kind richtet (siehe unten III).

Der Herausgabezweck des § 883 ZPO und der Sinn des familienrechtlichen Herausgabeanspruchs nach § 1632 Abs. I mit seinem absoluten Charakter und dem stets unter Überwachung des Vormundschaftsgerichtes stehenden Grundsatz der Nichtverletzung des Kindeswohles durch ein Pro-

zeß- und Vollstreckungsverfahren lassen daher bei teleologischer Auslegung als der hier sinnvollsten die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 883 ZPO für die Zwangsvollstreckung der Herausgabe eines Kindes grundsätzlich zu. Die weniger auf dem Boden des positiven Rechtes, sondern mehr im Bereich des Metaphysischen und eines mißverstandenen Naturrechtsgedankens angesiedelte grundsätzliche Verneinung einer analogen Anwendbarkeit des § 883 ZPO auf die Herausgabe von Kindern ist daher abzulehnen²⁶⁹.

2)

Vollstreckung je nach Maßgabe des Titels.

Welche Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechtes zur Durchsetzung des ausgeurteilten Anspruches auf Herausgabe eines Kindes anzuwenden sind, ist davon abhängig, zu welchen Handlungen oder Unterlassungen der Beklagte im konkreten Fall je nach Sachlage verpflichtet ist.

Falls die Verurteilung ungenau und lediglich auf "Herausgabe des Kindes" lautet, dessen Aufenthaltsort bekannt ist und auch keine Gefahr besteht, daß der Schuldner das Kind dem Zugriff des Gläubigers unerreichbar entziehen will, dann wird § 883 ZPO als am besten passend analog anzuwenden sein und das Kind ist - möglichst unter Beiziehung einer Fachkraft des Jugendamtes - so taktvoll und insbesondere für das Kind so schonend, wie es nach den Einzelumständen nur irgend geht, von dem Gerichtsvollzieher dem Herausgabepflichtigen wegzunehmen und dem Vollstreckungsgläubiger zu übergeben²⁷⁰.

Lautet der Titel auf Duldung der Abholung, dem Grundfall der Holschuld des § 1632 Abs. I, und handelt der Schuldner dieser Verpflichtung zuwider, dann sind richtigerweise die §§ 890, 892 ZPO anzuwenden. Die Abholung

ist eine Handlung, die nach § 892 durch Anwendung von Gewalt erzwungen werden kann und durch die Duldung als solche handelt es sich noch nicht um die Beseitigung eines bisher rechtswidrigen Zustandes, wodurch insofern der § 890 ausgeschlossen würde²⁷¹. Durch die Duldung der Wegnahme als reiner Passiv-Handlung wird der Tatbestand des rechtswidrigen Vorenthaltens noch nicht beseitigt, denn der Schuldner verhält sich nicht bezüglich des V o r e n t h a l t e n s, sondern nur bezüglich der V o l l s t r e c k u n g der Wegnahme passiv, er muß diese als staatlichen Hoheitsakt billigen²⁷².

Im Falle der Verurteilung auf Auskunftserteilung findet § 888 ZPO Anwendung, da hier eine Handlung begehrt wird, die ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt und von einem Dritten (Gerichtsvollzieher) nicht vorgenommen werden kann.

Ist der Beklagte verurteilt worden, das Kind zuzuführen und ist der Aufenthaltsort des Kindes bekannt, so handelt es sich richtigerweise um eine vertretbare Handlung, auf die § 887 ZPO Anwendung findet. Die Auffassung, daß hier rechtlich eigentlich eine unvertretbare Handlung und damit eine Regelung nach § 888 vorliege²⁷³, weil zwar das Zurückbringen durch einen Dritten ausgeführt werden könne, jedoch nur der Beklagte selbst diese Maßnahme in die Wege leiten könne, wenn sich das Kind in seiner Gewalt befindet, ist als nicht schlüssig abzulehnen, weil sie nicht dem Sinn der Vollstreckung eines familienrechtlichen Herausgabeanspruches entspricht. Maßgebend für die Erhebung der Herausgabeklage ist das Verlangen der Berechtigten, ihr Kind zurückzuerhalten und dieses wieder in ihre Familien- und Lebensgemeinschaft aufzunehmen. Der Restitutionsgedanke ist also absolut vorrangig. Durch w e n die Rückführung des Kindes erfolgt, ob grundsätzlich durch den

verurteilten Beklagten oder zwangsweise durch den Gerichtsvollzieher, ist für die Berechtigten von sekundärer Bedeutung. Diese wollen ja nur ihr Kind, letztlich durch welche Person oder Institution auch immer, zurückhaben. Daher ist es nicht gerechtfertigt, im Weigerungsfalle des Beklagten eine Zuführung des Gerichtsvollziehers über § 887 ZPO abzulehnen und den längeren und umständlicheren Weg über die Beugestrafen des § 888 ZPO zu gehen.

Eine unvertretbare und dadurch die Anwendbarkeit des § 887 ZPO ausschließende Handlung kann ausnahmsweise dann bestehen, wenn die Berechtigten das Herausgaberecht auf Zuführung ausdrücklich erstritten haben, damit ihnen ausschließlich der Beklagte und kein Dritter das Kind zurückbringen muß. Dieser Fall wird jedoch praktisch kaum relevant sein, so daß in der Regel bei Zuführung mit § 887 ZPO gearbeitet werden kann.

Wenn das Urteil auf Zuführung eines versteckten Kindes lautet, handelt es sich um eine unvertretbare Handlung, so daß der Weg der Beugestrafen des § 888 ZPO beschritten werden muß.

Bei der Interpretation des Titels, der die Grundlage für die jeweiligen Vollstreckungsmaßnahmen bildet, ist relativ großzügig zu verfahren und es kann nicht verlangt werden, daß im Titel selbst expressis verbis und konkret alle Handlungen, Duldungen oder Maßnahmen detailliert bezeichnet sind, die der Verwirklichung des Anspruches auf Herausgabe des Kindes dienen. Im Interesse einer vor allem auch für das Kind möglichst wenig wahrnehmbaren und zügigen Vollstreckung wird man es daher als notwendig, aber auch ausreichend ansehen können, wenn die in der konkreten Situation getroffene Maßnahme nach dem Sinne des Titels als geeignet, d. h. nach Sach- und Rechtslage zweckmäßig erscheint²⁷⁴.

III

Keine Gewaltanwendung gegen das Kind.

Falls sich das Kind selber der Herausgabe oder dem Abholen widersetzt, ist die Zwangsvollstreckung undurchführbar, denn es ist nicht Sache des Gerichtsvollziehers oder des Prozeßgerichtes, den Widerstand des Kindes zu brechen. Kein Titel ermöglicht Gewaltanwendung des Gerichtsvollziehers gegen das Kind²⁷⁵.

Das Prozeßgericht kann lediglich den Beklagten durch Androhung von Beugestrafen gem. § 888 ZPO dazu veranlassen, auf das Kind einzuwirken, sich der Abholung zu fügen. Dem Widerstand des Kindes zu begegnen, ist in erster Linie Aufgabe der Eltern bzw. Herausgabeberechtigten, die aber gem. § 1631 Abs. II vom Vormundschaftsgericht in ihrem Bemühen unterstützt werden können, wenn die von ihnen erstrebten Maßnahmen dem Wohle des Kindes dienen²⁷⁶. Notfalls muß also der Berechtigte die Hilfe sowohl der Vollstreckungsorgane als auch des Vormundschaftsgerichtes in Anspruch nehmen.

Vierter Teil

Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber dem anderen Elternteil nach § 1632 Abs. II

I

Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes.

Durch die auf Grund des Art. I Ziffer 22 des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957 erfolgte Neufassung des § 1632 durch Hinzufügung eines neugeschaffenen Absatzes II, demzufolge das Vormundschaftsgericht zu entscheiden hat, wenn ein Elternteil die Herausgabe des Kindes von dem anderen Elternteil verlangt, ist die alte Streitfrage²⁷⁷, ob für diese Fälle das Prozeß- oder Vormundschaftsgericht zuständig sei, entschieden.

Diese durch das Gleichberechtigungsgesetz kodifizierte Zuständigkeitsregelung stellt auch im wesentlichen die Konsequenz der schon vor Inkrafttreten des Gesetzes geübten richterlichen Praxis dar. Da die elterliche Gewalt nach Art. 3 Abs. II GG beiden Eltern zustand, war der Streit zwischen ihnen um die Herausgabe des Kindes seinem Wesen nach ein Streit um den Bestandteil der elterlichen Gewalt als solcher, zu dessen Entscheidung das Vormundschaftsgericht berufen war²⁷⁸. Die Rechtsprechung hatte jedoch schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes das Vormundschaftsgericht für zuständig gehalten, die Herausgabe des Kindes durch den nicht sorgeberechtigten Elternteil an den anderen Elternteil anzuordnen, wenn die Ehe geschieden war, da seit dem Ehegesetz vom 6. Juli 1938 (RGBl. I S. 807) zwischen geschiedenen Ehegatten nicht von einem subjektiven Recht gesprochen werden könne, das einem Elternteil erlaube, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und deshalb ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Elternstreit und der Klage gegen Dritte bestehe²⁷⁹.

Obwohl der Begründung des Reichsgerichts in dieser absoluten Schärfe, die geschiedenen Eltern jedes subjektive Recht der Aufenthaltsbestimmung der Kinder verweigert, nicht gefolgt werden kann²⁸⁰, ist das Ergebnis und die entsprechende Regelung durch das Gleichberechtigungsgesetz sehr begrüßenswert, da die Gefahr des Erlasses sich widersprechender Entscheidungen des Prozeß- und Vormundschaftsgerichtes zum Wohle des Kindes vermieden wird²⁸¹, denn in der Regel wird der Elternteil, von dem der andere das Kind herausverlangt, dieses Begehren mit dem Antrag an das Vormundschaftsgericht zu vereiteln versuchen, ihm die Personensorge zu übertragen und dadurch im Wege einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Herausgabeentscheidung des Prozeßgerichtes den Boden zu entziehen.

Wegen der Unabhängigkeit des Vormundschaftsrichters von den Herausgabeentscheidungen des Prozeßrichters wäre es daher wenig sinnvoll, die Fälle des Elternstreites um die Herausgabe des Kindes dem Prozeßgericht zuzuweisen. Im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens ist es vielmehr geboten, dem Vormundschaftsgericht, dem grundsätzlich die Entscheidung über die Personensorge zusteht, auch die Möglichkeit einzuräumen, gleichzeitig über die Herausgabe des Kindes zu entscheiden²⁸². Es ist daher zweckmäßig und sachlich richtig, den Elternstreit dem Vormundschaftsgericht und damit jenem staatlichen Organ anzuvertrauen, das generell in Ausübung des Wächteramtes der staatlichen Gemeinschaft zur Überwachung der Ausübung der elterlichen Gewalt berufen ist.

Damit ist auch klargestellt, daß das Vormundschaftsgericht auch dann zuständig ist, wenn die Ehe der Eltern nicht mehr besteht (Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung), wenn die Eltern dauernd getrennt leben oder einem Elternteil die tatsächliche Personensorge in Form des Aufenthaltsbestimmungsrechtes entzogen wurde.

II

Zur analogen Anwendung des § 1632 Abs. II.

Da in der Zuständigkeitsregelung des Absatz II des § 1632 ohne nähere Erläuterung nur "Elternteile" genannt sind, ergibt sich in verschiedenen Fällen die Frage, ob der Herausgabeanspruch vor dem Prozeß- oder Vormundschaftsgericht geltend zu machen ist, so z. B., wenn der Vater eines für ehelich erklärten Kindes dessen Herausgabe von der nichtehelichen Mutter fordert, oder wenn der Vormund bzw. Pfleger von einem Elternteil die Herausgabe des Kindes verlangt, bzw. wenn Adoptiveltern das adoptierte Kind von dessen leiblichen Eltern herausverlangen wollen.

1)

Herausgabeverlangen des Vaters des für ehelich erklärten Kindes gegenüber der nichtehelichen Mutter.

Wenn der Vater eines für ehelich erklärten Kindes dessen Herausgabe von der nichtehelichen Mutter verlangt, dann ist dieser Anspruch nach Abs. II des § 1632 vor dem Vormundschaftsgericht geltend zu machen²⁸³. Obwohl die nichteheliche Mutter mit der Ehelichkeitserklärung des Kindes nach § 1738 das Recht und die Pflicht verloren hat, die elterliche Gewalt auszuüben, steht ihr als der nichtehelichen Mutter des Kindes nach dessen Legitimation der Rest einer Rechtsstellung zu, die es rechtfertigt und auch gebietet, sie noch im Rechtssinne als Mutter und somit als Elternteil im Sinne des § 1632 Abs. II anzusehen. Es erscheint nicht angemessen, die leibliche Mutter nur wegen der in § 1738 enthaltenen Wirkung hinsichtlich der Untersagung der Befugnis zur Ausübung der elterlichen Gewalt den Charakter eines Elternteiles abzusprechen. Obwohl der Gesetzgeber bei Einführung des Abs. II nur an Streit unter geschiedenen oder getrennt

lebenden Ehegatten dachte, läßt sich ein derartiger Herausgabeanpruch in vorliegendem Fall auf den Sinn des Abs. II stützen²⁸⁴, da der hier vorliegende Fall dem zugrundeliegenden Gedanken des Abs. II sehr ähnlich ist und eine andersartige Behandlung nicht gerechtfertigt wäre.

Weiterhin ist es aus Zweckmäßigkeitsgründen geboten, das Vormundschaftsgericht in diesen Fällen über den Herausgabestreit entscheiden zu lassen, da es gleichzeitig wegen seiner gesetzlichen Verpflichtung aus § 1666 in diesem Verfahren prüfen wird, ob durch die Herausgabe des Kindes an den Vater eine Gefährdung der Entwicklung des Kindes zu befürchten ist, die insbesondere dann bestehen kann, wenn es dabei in eine ihm völlig fremde Umgebung gebracht werden soll und damit eine abrupte und endgültige Trennung von der Mutter verbunden wäre²⁸⁵.

2)

Herausgabeverlangen der Adoptiveltern gegenüber den leiblichen Eltern.

Wenn die Adoptiveltern von den leiblichen Eltern des Kindes dessen Herausgabe verlangen, ist die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes ebenfalls aus der entsprechenden Anwendung des § 1632 Abs. II gegeben. Wie sich insbesondere aus der Vorschrift des § 1765 Abs. I ergibt, verlieren die leiblichen Eltern durch die Adoption die elterliche Gewalt und das Verkehrsrecht, aber ihre verwandtschaftlichen Beziehungen zu dem adoptierten Kind werden im Rechtssinne nicht völlig abgebrochen. Es bestehen daher keine Bedenken, die leiblichen Eltern auch im Falle einer Adoption des Kindes als Elternteil im Sinne des § 1632 Abs. II anzusehen und einen Herausgabestreit zwischen leiblichem Elternpaar und den Adoptiveltern als rechtlichem Elternpaar in entsprechender Anwendung des § 1632 Abs. II durch das

Vormundschaftsgericht entscheiden zu lassen, da es sich ja auch um einen Elternstreit handelt, wenngleich um keinen zwischen geschiedenen oder getrennt lebenden Elternteilen, sondern zwischen zwei Elternpaaren, quasi den "alten" und den "neuen" Eltern. Diese Situation ist der vom Gesetzgeber bei Schaffung des Abs. II gedachten so ähnlich, zumindest ähnlicher als der in Abs. I normierten Konstellation Eltern - Dritte (Fremder), daß eine analoge Anwendung des Abs. II geboten erscheint.

Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes in diesen Fällen ist auch im Hinblick auf die Regelung des § 1770a zweckmäßig, da es durch das Herausgabeverlangen der Adoptiveltern zur Prüfung veranlaßt wird, ob Anlaß besteht, das Annahmeverhältnis aufzuheben²⁸⁶.

3)

Herausgabeverlangen des Vormundes oder Sorgerechtpflegers gegenüber den Eltern.

Da nach § 1915 auf die Pflegschaft die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, gilt für einen Personensorgerechtpfleger ebenso wie für einen Vormund die Bestimmung des § 1800. Die dort enthaltene Verweisungswirkung auf § 1632 und auch dessen hinzugefügten Abs. II kann angesichts des klaren Gesetzeswortlautes nur dann verneint werden, wenn zwingende Gründe es erfordern, was hier jedoch nicht der Fall ist²⁸⁷. Daß sich die Regelung des Abs. II nicht nur auf das Verhältnis der Elternteile untereinander beschränken kann, sondern sinngemäß auch dann entsprechend anzuwenden ist, wenn das Vormundschaftsgericht die Personensorge oder elterliche Gewalt einem Vormund oder Pfleger zugewiesen hat, ergibt sich schon daraus, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit einer solchen Regelung in § 1671 Abs. V geschaffen hat. Denn auch in diesem Falle muß der Vormund oder Pfleger die Heraus-

gabe des Kindes gegen den anderen Elternteil aus § 1671 durchsetzen²⁸⁸.

Zweckmäßigkeitserwägungen sprechen weiterhin auch dafür, in den Fällen, in denen ein Vormund oder Pfleger die Herausgabe des Kindes von den Eltern oder einem Elternteil begehrt, das Vormundschaftsgericht über die Herausgabe entscheiden zu lassen, da es dem Streit wesentlich näher als das Prozeßgericht steht, weil es in diesem Herausgabeverfahren als Aufsichtsorgan für jede Vormundschaft und Pflegerschaft (§§ 1837, 1915) gleichzeitig prüfen wird, ob das Herausgabeverlangen des Vormundes oder Pflegers eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 1837 darstellt und ggf. Maßnahmen gegen Vormund und Pfleger zu ergreifen sind und ob die Sorgerechtsregelung zu ändern wäre. Alle Befugnisse sind daher in der Hand des Vormundschaftsrichters vereinigt und die Gefahr widerstreitender Entscheidungen ausgeschlossen. Daher findet § 1632 Abs. II wegen der in § 1800 enthaltenen Verweisung auch dann entsprechende Anwendung, wenn ein Vormund oder Pfleger die Herausgabe des Kindes von einem oder beiden Elternteilen begehrt²⁸⁹.

III

Grundsatz der Innehabung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechtes.

Da Abs. II des § 1632 lediglich eine Zuständigkeitsregelung getroffen hat, ist bezüglich der Voraussetzungen für einen Herausgabeanspruch der Eltern untereinander auf die allgemeinen Voraussetzungen des Anspruches auf Herausgabe eines Kindes zurückzugreifen (vgl. oben Erster Teil B IV, V).

Ein Herausgabeantrag nach § 1632 Abs. II gegen den anderen Elternteil muß daher begriffsnotwendig eine ein-

seitige Änderung zugunsten eines Elternteiles des nach §§ 1626, 1631 grundsätzlich beiden Eltern zustehenden Personensorgerechtes - zumindest des Aufenthaltsbestimmungsrechtes - voraussetzen, denn andernfalls würde unzulässigerweise in einem Vindikationsverfahren - wenn gleich familienrechtlicher Art - in das unverändert bestehende gemeinsame Aufenthaltsbestimmungsrecht des herausgabepflichtigen Elternteiles eingegriffen.

Auch auf die Kompetenz - Kompetenz des Vormundschaftsgerichtes bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern (vgl. oben Zweiter Teil V 5,6) kann das Herausgabeverlangen gegen den anderen Elternteil ohne vorherige Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechtes (oder mehr) auf den herausgabeverlangenden Elternteil nicht gestützt werden, da der für eine Kompetenzentscheidung des Vormundschaftsgerichtes erforderliche Tatbestand dem des § 1632 Abs. II weder entspricht noch ähnlich ist.

Eine die Meinung eines (mit-)aufenthaltsbestimmungsberechtigten Elternteiles nicht berücksichtigende Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes ist nur dann zulässig, wenn sich die Eltern über die als solche unstrittige gemeinschaftliche Ausübung der elterlichen Gewalt in bezug auf lediglich eine bestimmte Maßnahme nicht zu einigen vermögen²⁹⁰. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Elternteil die Herausgabe von einem Dritten nach § 1632 Abs. I verlangen will, während der andere Elternteil das Kind bei dem Dritten belassen möchte (vgl. oben Zweiter Teil V 4 - 7).

Bei dem Herausgabeverlangen der Eltern untereinander nach § 1632 Abs. II handelt es sich dagegen nicht um Meinungsverschiedenheiten über die Art und Weise der Ausübung des von den Elternteilen nicht in Frage gestellten gemeinsamen Sorgerechtes, sondern der herausgabeverlangende Elternteil wendet sich hier grundsätzlich gegen das Mitbestimmungsrecht des anderen Elternteiles bezüglich der

Bestimmung des Aufenthaltes und will dieses ausschalten. Bei diesem Herausgabestreit der Eltern handelt es sich daher weniger um eine Meinungsverschiedenheit über den Aufenthalt des Kindes, die durch eine Kompetenzentscheidung des Vormundschaftsgerichtes zu lösen wäre, sondern um die gerichtliche Geltendmachung und Durchsetzung eines materiell-rechtlichen Anspruches der grundsätzlich alleinigen Aufenthaltsbestimmungsbefugnis eines Elternteiles gegen den Willen und zu Lasten des anderen Elternteiles.

Ein Herausgabeverlangen gegen den anderen Elternteil nach Abs. II muß somit die Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechtes oder zumindest einen darauf gerichteten Antrag zur Voraussetzung haben²⁹¹. Weiterhin setzt eine Übertragung auf Antrag nicht nur vorübergehendes Getrenntleben der Eltern voraus (§ 1672), sofern nicht eine Übertragung auf einen Elternteil von Amts wegen nach §§ 1666, 1696 in Betracht kommt.

IV

Zur Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechtes bei Getrenntleben der Eltern.

Im Falle nicht nur vorübergehenden Getrenntlebens der Eltern muß also der die Herausgabe begehrende Elternteil nach § 1672 zunächst einen Antrag auf Übertragung der alleinigen elterlichen Gewalt in der Form des Personensorgerechtes oder zumindest des Aufenthaltsbestimmungsrechtes stellen, um dann nach § 1632 Abs. II das von dem anderen Elternteil vorenthaltene gemeinsame Kind herausverlangen zu können.

Da auf Grund des Wortlautes des Gesetzes über § 1672 die Vorschriften der Absätze I - IV des § 1671 entsprechende Anwendung finden²⁹², ist das angerufene Vormund-

schaftsgericht entsprechend § 1671 Abs. III S. 2 zur Ermittlung und Berücksichtigung des Trennungsverschuldens verpflichtet²⁹³; eine für den Vormundschaftsrichter oftmals schwierige Entscheidung, die praktisch einen Teil des meistens folgenden Scheidungsprozesses vorwegnimmt²⁹⁴.

Diese gesetzliche Regelung erscheint nicht sehr glücklich, denn das Vormundschaftsgericht ist mit der Untersuchung und Feststellung des Trennungsverschuldens meistens nicht nur überfordert, sondern dadurch wird die Zerstörung der ohnehin brüchigen Ehe oftmals noch gefördert. Die Feststellung des Trennungsverschuldens durch das Vormundschaftsgericht bedeutet eine Vorwegnahme der Umstände, die zur Trennung führten und Gegenstand des Scheidungsverfahrens vor dem Scheidungsgericht sein werden. Im übrigen besteht auch die Gefahr, daß die späteren Feststellungen des Prozeßgerichtes im Scheidungsverfahren über die Schuld an der Ehescheidung mit dem vom Vormundschaftsgericht ermittelten Verschulden an der Trennung nicht übereinstimmen²⁹⁵.

Daher ist es zweckmäßig, vom Vormundschaftsrichter keine umfangreichen Ermittlungen über die Trennungsschuld zu verlangen, sondern die Sorgerechtsverteilung primär am Kindeswohl zu orientieren und ein etwaiges Verschulden mit zu berücksichtigen, wenn es offenkundig ist und für die Sorgerechtsentscheidung eine Rolle spielt²⁹⁶. Im übrigen sollte durch die sich immer stärker durchsetzende Tendenz, im Ehescheidungsrecht das Verschuldensprinzip durch das Zerrüttungsprinzip zu ersetzen, im Rahmen der Sorgerechtsentscheidung nach § 1672 weniger auf die Schuld als auf die objektive Verletzung der gemeinsamen elterlichen Gewalt abgestellt werden.

Die von der Rechtsprechung²⁹⁷ vertretene Meinung, daß die eigenmächtige Wegnahme des Kindes ohne oder gegen den Willen des anderen Elternteils nur dann abzulehnen

sei, falls durch die Wegnahme das Wohl des Kindes gefährdet werde, knüpft an die Ursache die unrichtige Folge, daß im Rechtssinne eine Gefährdung des Kindeswohles durch die Wegnahme nicht stets vorliegen müsse, sondern nur nach den jeweils zu prüfenden konkreten Umständen des Einzelfalles vorliegen könne. Diese Auffassung läßt jedoch außer acht, daß j e d e eigenmächtige Wegnahme des Kindes gleichzeitig eine p o t e n t i e l l e Verletzung seines Wohles beinhaltet; denn durch die Wegnahme wird in das Mitbestimmungs- und Sorgerecht des anderen Teils objektiv widerrechtlich in der Weise eingegriffen, daß der verlassene Elternteil seiner ihm obliegenden Fürsorge-, Unterstützungs- und Aufsichtspflicht gegenüber dem Kind nicht mehr nachkommen kann.

Die Ausschaltung der Schutz- und Fürsorgepflichten des verlassenen Elternteils zugunsten der alleinigen Ausübung der elterlichen Gewalt durch den verlassenden Elternteil bedeutet also eo ipso stets für das Kindeswohl einen status quo minus; eine Beeinträchtigung des grundsätzlich beiderseitigen Elternschutzes und damit begrifflich eine objektive Verletzung des Kindeswohles.

Es ist daher festzuhalten, daß für die Sorgerechtsregelung zwar ausschließlich das Kindeswohl von Bedeutung ist; dieses ist jedoch automatisch verletzt, wenn im Verhältnis der Eltern untereinander ein Elternteil von der Personensorge praktisch ausgeschaltet wird. Da in diesen Fällen der Schutz des Kindes theoretisch um 50 % vermindert wird, liegt insofern stets eine Verletzung des Kindeswohles vor. Ob diese notwendigerweise auch praktisch relevant sein wird, oder ob die Ausschaltung eines Elternteils für die Entwicklung des Kindes nicht durchaus positiv sein kann, ist eine weitere Frage, die nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist.

Die rechtliche Beeinträchtigung des vom Gesetzgeber normierten Umfanges des Schutzes des Kindeswohles muß keinesfalls automatisch auch eine tatsächliche Verletzung des Kindeswohles bedeuten. Jedoch ist begrifflich eine derartige differenzierte Betrachtungsweise geboten, die von dem hier entwickelten Grundsatz theoretischer Rechtsgutsverletzung ausgehend zu der weiteren Frage überleiten muß, ob diese rechtliche Beeinträchtigung des Kindeswohles auch von tatsächlicher Bedeutung ist oder in ihren praktischen Auswirkungen dem Wohle des Kindes nur förderlich ist (z. B. wenn der Vater ein streitsüchtiger Trinker ist).

Daher kann unter dem alles überragenden Gesichtspunkt des Kindeswohles im Einzelfalle ein schwerer Eingriff des verlassenden Elternteils in das Mit-Sorgerecht des verlassenen Elternteils gerechtfertigt sein. Der Vormundschaftsrichter wird dieses "rücksichtslose" Verhalten des verlassenden Elternteils bei der Sorgerechtsentscheidung nach §§ 1672, 1671 lediglich insofern berücksichtigen müssen, als eine optimale und pflichtbewußte Versorgung des Kindes durch den verlassenden Elternteil gewährleistet ist und für ein gleichgültiges und rücksichtsloses Verhalten gegenüber dem K i n d e keine Anhaltspunkte vorliegen.

V

Stellungnahme zur Frage der "Rechtswidrigkeit" des Handelns einer Mutter, die bei verschuldeter Trennung ihre Kinder unter sieben Jahren eigenmächtig mit sich fortnimmt.

In den Bereich eines faktischen Übergewichtes der mütterlichen Autorität fällt der Versuch, ein bestimmtes gegen den Vater gerichtetes Verhalten der Mutter in bezug auf die elterliche Gewalt über ein Kleinkind gesetzlich zu verankern.

So wurde vorgeschlagen²⁹⁸, einen § 1632 a zu schaffen, dessen Abs. II bestimmt, daß eine Mutter, die bei der Trennung ihre Kinder unter sieben Jahren mitnehme, nicht eigenmächtig im Sinne des § 1632 handle, sofern sie in der Lage sei, das Kind weiterhin entsprechend zu versorgen. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß nach den neuesten Erkenntnissen der einschlägigen Wissenschaften Kleinkinder bis mindestens zum Einschulungsalter zwecks Vermeidung von Frustrationsfolgen in jedem Falle bei der Mutter verbleiben müßten. Eine Mutter, die gegen den Willen des Vaters die Kleinkinder eigenmächtig mit sich nehme und versorge, handle (immer) naturgemäß und nicht rechtswidrig.

Demgegenüber wendet sich Klemm²⁹⁹ gegen eine starre Schematisierung zugunsten einer am Kindeswohl orientierten konkreten Einzelentscheidung und weist abschließend auf die verfassungsrechtlich und gesellschaftspolitisch bedenkliche Forderung hin, ein spezielles Vorrecht der Mutter gesetzlich zu verankern³⁰⁰.

Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen³⁰¹, daß im Bereich des Familienrechtes im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede zwischen Mann und Frau nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig ist. Die Frage, wo solche Unterschiede bei Gleichbewertung der Funktionen von Mann und Frau im Hinblick auf ihre naturgegebene Verschiedenheit im einzelnen möglich oder sogar notwendig sind, bestimmt sich letztlich danach, wo in dem Gesamtzusammenhang unseres heutigen Sozialgefüges im Rahmen einer partnerschaftlichen Ehe und Familie Unterschiede (überhaupt) noch gerechtfertigt sind³⁰².

Ein derartiger, die unterschiedliche Ausgestaltung der elterlichen Gewalt rechtfertigender Grund wird in dem

zunächst biologisch bedingten, besonderen Abhängigkeits- und Bindungsverhältnis zwischen Mutter und Kleinkind gesehen werden müssen. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß aus der postnatalen Hilflosigkeit und Abhängigkeit des Kleinkindes eine seelisch-soziale Fürsorge der Mutter resultiert und dadurch ein Dauerverhältnis zwischen Mutter und Kleinkind geschaffen wird, in das der Vater erst aus Gründen der Lebenssicherung einbezogen wird und dessen Beitrag ein lediglich sozialer ist.

Trotz Bestehens einer gewissen Exklusivwirkung des Mutter-Kleinkind-Verhältnisses im Hinblick auf den Vater ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Bestimmungen über die elterliche Gewalt maßgebend, daß die bestehenden Verschiedenheiten biologischer oder funktioneller Art die Beziehungen von Vater und Mutter zu dem Kinde keineswegs so entscheidend verschieden prägen, daß die vergleichbaren Elemente daneben zurücktreten müssen. In der heutigen partnerschaftlichen Ehe und Familie ist der Schutz und die Fürsorge der Kinder als sozialer Tatbestand von dem biologischen Geschlechtsunterschied der Eltern, abgesehen von Geburt und Laktation, vielmehr derart unabhängig und essentiell gleichartig und gleichwertig, daß auch keine funktionsmäßig motivierte Begründung eine Gleichbehandlung von Mann und Frau in diesem Bereich ablehnen könnte³⁰³.

Im Bereich der persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kind ergeben sich auf Grund der unterschiedlichen Pflichten und Verhaltensweisen von Vater und Mutter, die unabhängig von den biologischen Gegebenheiten fast beliebig austauschbar sind, Nuancierungen in der Erfüllung der gleichen und unteilbaren Verantwortung der Eltern; aber gerade die Anknüpfung an derartige Unterschiede zwischen männlicher und weiblicher Art im sozialen Bereich ist durch Art. 3 Abs. II und III GG ausgeschlossen, wenn diese Bestimmung überhaupt einen Sinn haben soll³⁰⁴, denn derartige Nuancierungen wird jedes Lebens-

verhältnis aufweisen, ohne daß dadurch eine rechtlich unterschiedliche Behandlung der Geschlechter erforderlich wäre. Die Beziehungen der Eltern zu ihren Kindern sind ihrem Wesen nach als absolut gleichartig und gleichwertig anzusehen. Daher sind *a l l e n* unter dem Deckmantel der Gleichberechtigung auftretenden übersteigerten individualistischen Bestrebungen die Auswirkung im Bereich von Ehe und Familie versagt³⁰⁵; mithin auch die Privilegierung des Mutter-Kind-Verhältnisses zu Lasten der elterlichen Gewalt des Vaters.

Es ist somit festzustellen, daß im Verhältnis der Eltern untereinander der Mutter keine Rechtsposition eingeräumt ist, die sie zur eigenmächtigen Wegnahme der gemeinsamen Kinder befugt. Nach der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung steht ihr in bezug auf den anderen Elternteil kein Rechtfertigungsgrund zur Seite, der dieses Verhalten sanktioniert. Im Verhältnis der Elternteile zueinander gibt es rechtlich gesehen grundsätzlich keine Vorrangstellung eines Elternteiles. Daher ist ein derartiges Verhalten der Mutter dem Vater gegenüber objektiv rechtswidrig.

Die mit dem Gleichberechtigungsgebot unvereinbare Zurücksetzung des Vaters bei der Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes bezüglich Kleinkindern wird auch nicht durch übergreifende verfassungsrechtliche Wertentscheidungen, hinter denen das Prinzip der Gleichberechtigung des Mannes in der Familie zurücktreten müßte, gerechtfertigt³⁰⁶.

Als ein solches überragendes Rechtsgut käme hier nur das Kindeswohl in Betracht, da die Einheit der Familie im Rahmen des § 1632 Abs. II ohnehin nur noch in Ausnahmefällen gegeben sein dürfte. Eine Gefährdung des Kindeswohles kann nicht generell unterstellt werden,

denn es ist nicht einzusehen, warum die Sicherung des väterlichen Einflusses bezüglich des Aufenthaltes des gemeinsamen Kleinkindes zu dessen Wohl weniger beitragen sollte als die nach § 1626 bestehende Mitentscheidungsbefugnis des Vaters.

Obgleich also das dem Vater gegenüber objektiv rechtswidrige Verhalten der Mutter auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohles grundsätzlich als legitim angesehen werden kann, ist damit jedoch nicht automatisch die Konsequenz verbunden, daß nun umgekehrt in dem Verhalten der Mutter eine Beeinträchtigung des Kindeswohles liegen müsse. So wenig der Schutz des Kindeswohles ein taugliches Mittel für die grundsätzliche Anerkennung einer Vorrangstellung der Mutter gegenüber dem Vater darstellt, kann aus dem objektiv rechtswidrigen Verhalten der Mutter in bezug auf die elterliche Gewalt des Vaters nicht stets eine tatsächliche Beeinträchtigung des Kindeswohles abgeleitet werden. Es ist somit durchaus möglich, daß das prinzipiell zu mißbilligende eigenmächtige Verhalten der Mutter in bezug auf das grundsätzlich gleichberechtigte Mit-Sorgerecht des Vaters nach den konkreten Umständen des Einzelfalles durch den Schutz des Kindeswohles gerechtfertigt oder sogar erforderlich sein kann (vgl. oben IV).

Für die Schaffung des vorgeschlagenen § 1632 a besteht im übrigen auch kein überzeugendes praktisches Bedürfnis, denn im Falle einer schikanösen oder mißbräuchlichen Ausübung elterlicher Gewalt durch einen Elternteil zu Lasten des Kindeswohles könnte der andere Elternteil zu einer Kompetenz-Entscheidung das Vormundschaftsgericht anrufen und sich im Falle der Trennung das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht im Wege vorläufiger Anordnung nach §§ 1672, 1671 übertragen lassen. Bei noch nicht erfolgter Trennung käme bei Gefährdung des Kindeswohles auch eine Maßnahme von Amts wegen nach § 1666 in Betracht.

Demgegenüber würde der § 1632 a die unerwünschte Folge haben, daß eine Mutter, sofern sie über ausreichende finanzielle Mittel zur ordnungsgemäßen Versorgung des Kindes verfügt, zum Verlassen des Mannes noch eher neigen und eine vielleicht noch heilbare Ehe und Familie endgültig zerstören würde, als in der herrschenden Rechtslage, die der Mutter eine derartige Vorrangstellung nicht gewährt.

Vermutlich wird im Einzelfall ein Ehepartner den anderen verlassen, gleichgültig ob ihm § 1632 a zur Seite stände oder nicht, aber es ist zu bedenken, daß § 1632a mit dem in Art. 6 Abs. I GG normierten Schutz von Ehe und Familie kollidieren würde. Es ist ein erheblicher Unterschied, ob im täglichen Leben ein Ehepartner den anderen verläßt, weil die Ehe unheilbar zerrüttet ist, oder ob der Gesetzgeber eine Regelung schafft, die von vornherein das Verlassen des Ehemannes und damit die endgültige Zerstörung der Ehe sanktioniert, ohne daß es auf den Versuch oder die Möglichkeit einer Heilung der Ehe ankommt. Die Prüfung des Vormundschaftsgerichtes würde sich praktisch darauf beschränken müssen, ob das Kind von der entführenden Mutter gut versorgt wird und die Frage der Verletzung der elterlichen Gewalt des verlassenen Elternteils würde keine Rolle spielen, bzw. von sekundärer Bedeutung sein³⁰⁷. Die praktische Folge dieser in der Rechtsprechung zu beobachtenden Tendenz liefe - wenn auch ungewollt - auf eine höchst bedenkliche und abzulehnende Sanktionierung der eigenmächtigen Wegnahme eines Kindes ohne oder gegen den Willen des anderen Elternteils hinaus³⁰⁸.

Die Betonung des Zusammenhanges zwischen eigenmächtiger Wegnahme des Kindes und dadurch grundsätzlich bedingter Verletzung des Wohles des Kindes durch Verminderung seines gesetzlich gewährten Schutzzumfanges durch beide Elternteile erscheint angesichts der sich abzeich-

nenden gegenläufigen Tendenz der Rechtsprechung erforderlich. Im übrigen darf aus diesem Grundsatz potentieller Verletzung des Kindeswohles durch eigenmächtige Wegnahme keine starr dogmatische Restitutionspflicht des verlassenden Elternteiles hergeleitet werden, sondern das Gericht wird im Einzelfalle zu prüfen haben, ob die grundsätzliche Pflicht, das Kind dem verlassenen Elternteil zurückzubringen, hier aus objektiven Gesichtspunkten im Interesse des Kindes verneint werden muß. Wenn jedoch der verlassene Elternteil (Vater) objektiv gleichwertige oder zumindest keine schlechteren Bedingungen für die Versorgung des Kindes bietet, dann kann das Verhalten der Mutter auch unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohles nicht gerechtfertigt und ein Restitutionsanspruch des Vaters nicht abgelehnt werden.

VI

Zum Verhältnis zwischen § 1672 und § 1632 Abs. II

1)

Grundsatz der Selbständigkeit beider Verfahren.

Der Beschluß des Vormundschaftsgerichtes, der einem Elternteil die elterliche Gewalt oder zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht zuerkennt, ist seinem Inhalt und dementsprechend seiner Wirkung nach ein **r e c h t s - g e s t a l t e n d e r** Akt, mit dem nicht etwa von Gerichte wegen der Aufenthaltsort des Kindes bestimmt wird; also kein geeigneter Vollstreckungstitel, um die Herstellung des der Entscheidung entsprechenden tatsächlichen Zustandes gegen den Willen des nun nicht mehr mitsorgeberechtigten Elternteils zu erzwingen³⁰⁹.

Aus dem rein rechtsgestaltenden Charakter der Sorgerechtsentscheidung folgt deren absolute Vollstreckungs-

unfähigkeit, so daß ihre Qualifizierung als eine "Gestaltungsentscheidung ohne unmittelbar vollziehungsfähigen Inhalt"³¹⁰ oder als "keine unmittelbar vollziehbare Entscheidung"³¹¹ ungenau ist und der Tatsache, daß durch die Sorgerechtsentscheidung über die Herausgabe von seiten des Gerichtes gar nicht - auch nicht mittelbar - entschieden wird, nicht genügend Rechnung trägt. Die Entscheidungen nach §§ 1672, 1671 enthalten ihrem Wesen nach weder eine richterliche Aussage über die Herausgabe des Kindes, noch ordnen sie diese an. Die Frage, inwieweit der durch die Sorgerechtsentscheidung geschaffene Rechtszustand mit dem konkreten Lebenssachverhalt übereinstimmt, ist hier im Rahmen des § 1671 begrifflich zunächst völlig unerheblich.

Die rechtsgestaltende Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes (oder mehr) auf einen Elternteil bedarf dann der Realisierung, wenn der ihr entsprechende tatsächliche Zustand nicht besteht und stellt die Grundlage für ein Herausgabeverlangen des nunmehr alleineinhaltsbestimmungsberechtigten Elternteiles gegen den nun nicht mehr mitaufenthaltsbestimmungsberechtigten Elternteil nach § 1632 Abs. II dar. Die Durchführung eines Herausgabeverfahrens ist also nur erforderlich, wenn der bisher mitsorgeberechtigte Elternteil das Kind nicht an den nunmehr alleinsorgeberechtigten Elternteil herausgeben will.

2)

Verbindung beider Verfahren und Gesetzesänderungsvorschlag.

Diese Regelung der Trennung zwischen Sorgerechts- und Herausgabeverfahren ist sehr unbefriedigend, denn der herausgabeunwillige Elternteil kann die endgültige Ent-

scheidung über die Herausgabeanordnung des Kindes dadurch verzögern, indem er einerseits gegen die Sorgerechtsentscheidung Beschwerde und Rechtsbeschwerde einlegt und andererseits auch die Herausgabeentscheidung nach § 1632 mit allen zu Gebote stehenden Rechtsmitteln bekämpft. Die Vindikationsentscheidung kann in sich fehlerhaft sein, weil das Vormundschaftsgericht dem Herausgabeverlangen des nach § 1672 alleinaufenthaltsbestimmungsberechtigten Elternteils nicht auf Grund der Sorgerechtsentscheidung automatisch entsprechen darf, sondern in diesem Verfahren erneut prüfen muß, ob die Herausgabe im Kindeswohl geboten ist oder nicht, wenn die Erörterung dieser Frage im Sorgerechtsverfahren nicht alle wesentlichen Punkte erfaßte, nicht rechtsfehlerfrei war und nicht auf ausreichenden Feststellungen beruhte³¹².

Um diese Doppelspurigkeit im Interesse des Kindeswohles zu vermeiden, kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag des alleinsorgeberechtigten Elternteils die Herausgabeanordnung nach § 1632 Abs. II gleichzeitig mit dem Sorgerechtsbeschluß nach §§ 1672, 1671 treffen, wenn im Zeitpunkt der Sorgerechtsregelung mit Widerstand des das Aufenthaltsbestimmungsrecht verlierenden Elternteils zu rechnen ist und erkennbar wird, daß der unterlegene Elternteil zur freiwilligen Herausgabe des Kindes nicht bereit sein werde³¹³.

Eine generelle Verbindung zwischen Sorgerechtsentscheidung und Herausgabeanordnung in einem Beschluß³¹⁴ ist unzulässig, denn sie ist überflüssig und daher praktisch nicht verwertbar, wenn im Zeitpunkt der Sorgerechtsentscheidung die Herausgabebereitschaft des unterlegenen Elternteiles feststeht. Bei der Prüfung des Herausgabewillens des Verpflichteten im Zeitpunkt der Sorgerechtsentscheidung wird man jedoch im Interesse einer Beschleunigung

nigung der Herausgabe strenge Maßstäbe anlegen müssen und, sofern Anhaltspunkte für eine Widerstandshaltung erkennbar sind, die Herausgabe gleich mit anordnen. Da in der Praxis häufig mit allen Mitteln verbissen um die Kinder gekämpft wird, wird im Zweifelsfalle die Verbindung zwischen Sorgerechtsentscheidung und Herausgabeanordnung die Regel sein. Dem Abs. I des § 1671 sollte daher folgender Satz 2 hinzugefügt werden:

"Es ordnet gegebenenfalls die Herausgabe des Kindes an den berechtigten Elternteil an".

Die aus dieser Gesetzesergänzung abgeleitete Folgerung, daß § 1632 Abs. II gestrichen werden könnte³¹⁵, ist jedoch verfehlt, da diese Norm einen viel umfassenderen, nicht nur auf die Fälle der §§ 1671, 1672 abgestellten Anwendungsbereich hat und z. B. auch für den Herausgabestreit der Eltern untereinander gilt, wenn eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes nach §§ 1666 oder 1696 erfolgte.

Fünfter Teil

Die Zwangsvollstreckung nach § 1632 Abs. II

Die Vollstreckung einer Herausgabeordnung des Vormundschaftsgerichtes erfolgt nicht nach den Vorschriften der ZPO, sondern nach den Bestimmungen des FGG³¹⁶.

Da bei der Anordnung der Herausgabe eines Kindes nach § 1632 Abs. II das Vormundschaftsgericht stets prüfen muß, ob diese Maßnahme im Interesse des Kindeswohles auch geboten ist, sofern diese Frage nicht gründlich und umfassend im Sorgerechtsverfahren geprüft wurde (vgl. oben Vierter Teil VIII 2), erfolgt die Herausgabeordnung nicht nur zu Gunsten des alleinaufenthaltsbestimmungsberechtigten Elternteiles, sondern wird auch und vor allem unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob das Kind durch die Herausgabe nicht in seinem körperlichen oder seelischen Wohlbefinden beeinträchtigt wird; mithin keine Verletzung des Kindeswohles erfolgt. Dieser Begriff des Kindeswohles, der einen "offenen Tatbestand" des Familienrechtes darstellt³¹⁷, entspricht dem verwaltungsrechtlichen Begriff "öffentliches Wohl" und stellt einen allgemeinen Begriff der Rechtswissenschaft dar³¹⁸.

Da die Herausgabeentscheidung auch und zuerst zum Wohle des Kindes ergeht, wird diese Verfügung also auch wesentlich im öffentlichen Interesse in Ausübung des Wächteramtes des Staates erlassen. Gerade im Bereich der elterlichen Gewalt wird die fürsorgerische und überwachende Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes im Interesse der Allgemeinheit besonders deutlich³¹⁹. Es darf nicht in das Belieben der Beteiligten gestellt werden, eine im öffentlichen Interesse erlassene Verfügung mit der Folge rechtskräftig werden zu lassen, daß sie auch dann dauernd maßgebend bleiben muß, wenn sie sich später als un-

richtig oder für das Kindeswohl abträglich erweist. Für den Bereich des Personensorgerechtes und der daraus resultierenden Herausgabeordnung muß daher eine materielle Rechtskraft der gerichtlichen Verfügungen verneint werden³²⁰.

Vollziehung vormundschaftsgerichtlicher Verfügungen

I

Vollstreckbarkeit.

Bei den Verfügungen feststellenden Inhaltes tritt die von ihnen erstrebte Wirkung ohne weiteres ein und es bedarf keiner zusätzlichen Ausführungshandlungen mehr. Von einer Vollstreckbarkeit im technischen Sinne kann daher bei diesen Entscheidungen nicht gesprochen werden. Während die Rechtswirksamkeit bei jeder Verfügung erforderlich ist, liegt eine Vollstreckbarkeit einer Verfügung nur dann vor, wenn es sich um eine wirksame Entscheidung handelt, deren Inhalt durch eine besondere, notfalls zwangsweise durchzusetzende Ausführungshandlung charakterisiert wird. Hierher gehören auch die Anordnungen des Gerichtes zur Herausgabe eines Kindes.

Der Begriff der Rechtswirksamkeit einer Verfügung ist also weiter als der der Vollstreckbarkeit, weil zwar nicht alle Arten von Entscheidungen einer Vollstreckung bedürfen (z. B. Sorgerechtsübertragung nach §§ 1671, 1672); die Vollstreckbarkeit einer Verfügung aber stets deren Rechtswirksamkeit (grundsätzlich durch Bekanntmachung, § 16 Abs. I FGG, ausnahmsweise erst mit Rechtskraft) voraussetzt³²¹.

II

Grundsatz des Amtsbetriebes.

Im Zivilprozeß ist der Gläubiger Herr des Vollstreckungsverfahrens. Der Staat stellt die Vollstreckungsorgane zur Verfügung und überläßt es dem Gläubiger, ob er zwecks Durchsetzung seines ausgeurteilten Anspruches das Vollstreckungsverfahren betreiben will oder nicht.

Diese vollstreckungsrechtlichen Grundsätze gelten in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit - abgesehen von den gesetzlich geregelten Fällen (z. B. § 53 a Abs. IV FGG) und den echten Streitsachen - nicht, insbesondere nicht im Bereich der fürsorglichen und überwachenden Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts. Da, wie mehrfach ausgeführt, die Anordnung der Herausgabe dem Kindeswohl dient und somit im öffentlichen Interesse geboten ist, kann es nicht in das Belieben des herausgabeberechtigten Elternteiles gestellt sein, ob er von der Herausgabeanordnung auch wirklich Gebrauch macht oder das Kind vielleicht doch bei dem herausgabepflichtigen Elternteil belassen will. Hier wird die Vollstreckung von A m t s wegen durch das Vormundschaftsgericht durchgeführt und die Beteiligten haben bezüglich der Frage, ob ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet wird, überhaupt keine Einwirkungsmöglichkeiten; für eine Dispositionsmaxime der Beteiligten ist in diesem Bereich kein Raum. Nur durch den Amtsbetrieb der Vollstreckung durch das Vormundschaftsgericht wird sinnvoll gewährleistet, daß die im öffentlichen Interesse erforderliche Kindesherausgabe auch wirklich in ein Vollstreckungsverfahren mündet und nicht von irgendwelchen Zufällen oder Launen des "betreibenden Gläubigers" abhängig ist³²².

Die nur auf den ersten Blick befremdliche Konsequenz dieser Qualifizierung des vormundschaftsgerichtlichen Vollstreckungsverfahrens als ein Amtsverfahren kann,

wie Baur zutreffend feststellt³²³, folgerichtig sogar darin bestehen, daß einem Elternteil, dem die alleinige tatsächliche Personensorge zugesprochen wurde und an den das Kind herauszugeben angeordnet worden war, notfalls gegen seinen Willen das Kind zugeführt werden muß, auch wenn der Berechtigte gar keinen Wert mehr darauf legt, daß das Kind dem Verpflichteten weggenommen wird. Hier wird das Vormundschaftsgericht allerdings prüfen müssen, ob die Zuführung des Kindes gegen den erklärten Willen des Berechtigten nicht das Kindeswohl beeinträchtigen würde und die Sorgerechtsregelung wieder zu ändern wäre und damit der Herausgabeanordnung und deren Vollstreckung von Amts wegen der Boden entzogen würde.

III

Erzwingung der Herausgabe gegenüber Dritten.

Die Vollstreckung einer nach § 1632 Abs. II getroffenen Herausgabeanordnung kann sich jedoch als praktisch undurchführbar erweisen, falls das Kind zur Vereitelung einer nach § 33 FGG drohenden Vollstreckung vom Verpflichteten an Dritte weitergegeben wird, denn wer nicht Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund oder Pfleger ist, unterliegt grundsätzlich nicht der Zwangsgewalt des Vormundschaftsgerichtes³²⁴.

Als Ausnahme dieses Grundsatzes wird die zwangsweise Durchsetzung des Herausgabeanspruches auch gegenüber Dritten bei Unterbringungsanordnungen nach §§ 1666 Abs. I S. 2, 1838 allgemein anerkannt³²⁵, da deren Vollzug zum Wohle des Kindes unbedingt geboten sei und als im öffentlichen Interesse liegend gegenüber jedermann durchzusetzen sei. Weiterhin wurde die zwangsweise Durchsetzung des Herausgabeanspruches gegenüber Großeltern, die ja auch Dritte im Sinne des § 1632 Abs. II

sind, zur Ausübung des Verkehrsrechtes eines Elternteiles für zulässig erachtet, da sonst die Anordnung der Duldung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind ihren Zweck nicht erfüllen könne³²⁶.

Der in dieser Entscheidung aufgezeichnete Weg sollte in Anlehnung an die den Unterbringungsanordnungen nach §§ 1666, 1838 zugrunde liegenden Gedanken auch auf die reinen Vindikationsfälle des § 1632 Abs. II ausgedehnt werden, da hier die Interessenlage weitestgehend gleichgestaltet ist. Eine auf §§ 1671, 1672 basierende und nach § 1632 getroffene Herausgabeanordnung des Vormundschaftsgerichtes dient zwar im Ergebnis auch der Befriedigung des privatrechtlichen Aufenthaltsbestimmungsanspruches des Berechtigten, erfolgt primär aber zugunsten des Kindeswohles und damit im öffentlichen Interesse. Die Herausgabeanordnung soll weniger zum Schutz des Kindes vor dem herausgabepflichtigen Elternteil erfolgen, sondern vielmehr eine Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens des Kindes verhindern, über dessen Schutz die staatliche Gemeinschaft durch das Vormundschaftsgericht wacht.

Daher wird notwendig das Kindeswohl verletzt, wenn die stets im öffentlichen Interesse liegende Herausgabeanordnung nicht vollstreckt werden kann, falls ein Vorgehen des Vormundschaftsgerichtes gegen Dritte unzulässig wäre, selbst wenn diese zur Vollstreckungsverhinderung einverständlich mit dem herausgabepflichtigen Elternteil zusammenwirken.

Diese dem Kindeswohl in höchstem Maße abträgliche Hin- und Herschiebung des Kindes im Vollstreckungsverfahren ließe sich auch nicht praktisch befriedigend durch Bestellung eines Personensorgerechtpflegers mit dem Aufgabenkreis des Rechtes zur Aufenthaltsbestimmung im Wege des Erlasses einer vorläufigen Anordnung durch das

Vormundschaftsgericht unterbinden, da die Pflegerbestellung ein erneutes Tätigwerden des Gerichtes erfordern und weiteren Zeitverlust bedeuten würde.

Die von der Rechtsordnung beabsichtigte und im öffentlichen Interesse liegende erforderliche Wirkung der Herausgabeanordnung kann praktisch befriedigend und möglichst rasch nur dann eintreten, wenn diese auch tatsächlich ihren Zweck zu erfüllen vermag; also nach j e d e r Richtung durchsetzbar ist und damit gegen alle wirken müßte, die das Kind im Verhältnis zum herausgabeberechtigten Elternteil unberechtigt in Obhut haben³²⁷. Nur wenn das Vormundschaftsgericht befugt ist, zwangsweise auch gegen Dritte vorzugehen, wird die Herausgabeanordnung voll ihrem praktischen Zweck gerecht und eine Beeinträchtigung des Kindeswohles wirksam unterbunden. Es besteht keine Veranlassung, das öffentliche Interesse beim Vindikationsverfahren geringer zu erachten als in den Fällen der Unterbringungsanordnung, da beiden als wesentliches, quasi übergeordnetes Tatbestandsmerkmal, der Schutz des seelischen und körperlichen Wohlbefindens des Kindes gemeinsames und oberstes Gebot ist. Die Befugnis zwangsweiser Durchsetzung der vormundschaftsgerichtlichen Herausgabeanordnung auch Dritten gegenüber, die das Kind unberechtigt in Obhut haben, muß daher im öffentlichen Interesse des Kindeswohles und der Rechtssicherheit nicht nur als zulässig, sondern sogar als notwendig erachtet werden.

IV

Vorgehen gegen Kinderheime, Internate usw.

Da eine vom Vormundschaftsgericht erlassene Herausgabeanordnung gegenüber jedermann durchsetzbar sein muß (vgl. oben III), erhebt sich die Frage, ob die

vorstehend erörterten Vollstreckungsmittel auch gegenüber Einrichtungen, die das herauszugebende Kind in Obhut haben, anwendbar sind.

Der Zwangsvollstreckung sind grundsätzlich jene Personen unterworfen, denen die Erfüllung der auferlegten Herausgabeverpflichtung obliegt. Beugestrafen können daher nur gegen natürliche Personen verhängt werden. Soweit es sich also um ein privates, nicht in Form einer juristischen Person organisiertes Internat oder Kinderheim handelt, sind die Vollstreckungsmittel gegen die einzelnen sich widersetzenden Mitglieder des Institutes zu richten³²⁸. Handelt es sich dagegen um eine juristische Person des Privatrechts, ist das Verfahren gegen jene natürlichen Personen persönlich zu richten, welche sie in ihrem Willen vertreten³²⁹.

Sofern es sich um ein öffentlich-rechtliches Unterbringungsinstitut z. B. einer Gemeinde oder einer anderen Gebietskörperschaft handelt, wird man ebenfalls eine zwangsweise Durchsetzung der Herausgabeanordnung für zulässig erachten müssen.

Zwar findet gegen Behörden oder Beamte als solche keine Zwangsvollstreckung statt und gegenüber Vertretern juristischer Personen des öffentlichen Rechtes besteht keine Ordnungsstrafgewalt³³⁰. Als Folge dieser grundsätzlich durchaus zu befürwortenden Rechtslage wäre das Vollstreckungsgericht notfalls darauf angewiesen, sich an die Aufsichtsbehörde oder vorgesetzte Dienstbehörde mit dem Ersuchen zu wenden, die nachgeordnete Behörde zur Erfüllung der richterlichen Entscheidung anzuhalten.

Dennoch wird man in Anbetracht des öffentlichen Interesses an der möglichst unverzüglichen Herausgabe

des Kindes das Vormundschaftsgericht nicht darauf verweisen können, sich notfalls an die Aufsichtsbehörde oder vorgesetzte Dienstbehörde des Institutes zu wenden, da durch diesen umständlichen Weg der Realisierungszweck der Herausgabeanordnung zu Lasten des Kindeswohles und damit gegen das öffentliche Interesse verstoßend weitgehend verzögert und dadurch unzumutbar beeinträchtigt würde. Es bestehen keine zwingenden Gründe dafür, die Vollstreckung der Herausgabeanordnung weniger effektiv und durchgreifend zu gestalten, wenn es sich um kein bürgerlich-rechtliches, sondern um ein Kinderheim handelt, dessen Unterschied einzig darin besteht, daß sein Träger nicht privatrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur ist. Im Falle der Erzwingung der Herausgabe eines Kindes ergibt sich aus der lediglich rein rechtlich verschiedenen Natur des Trägers eines Unterbringungsinstitutes keinerlei Notwendigkeit, die Voraussetzungen des Zwangsvollzuges unterschiedlich, d. h. in diesen Fällen einschränkend, zu gestalten.

Es ist daher kein sachlicher Grund vorhanden, die Zwangsvollstreckung gegen öffentlich-rechtliche Kinderheime, Internate usw. anderen Regeln als gegen private Institute gleicher Art folgen zu lassen und im Interesse des Kindeswohles ist es geboten, dem Zweck der Herausgabeanordnung entsprechend die Vollstreckung möglichst schnell, praktikabel und erfolgreich durchzuführen, so daß auch im öffentlich-rechtlichen Bereich unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 33 FGG Gewaltanwendung des Gerichtsvollziehers mittels polizeilicher Hilfe als zulässig anerkannt werden muß³³¹.

Sechster Teil

Weitere Abwehransprüche bei Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt.

I

Die elterliche Gewalt als relatives und absolutes Recht.

Ein negatorischer Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch oder eine deliktische Restitutionsklage bei Verletzung der elterlichen Gewalt ist begrifflich nur möglich, wenn die elterliche Gewalt den Berechtigten eine Rechtsstellung gewährt, die über den familienrechtlichen Herausgabeanspruch des § 1632 hinausgehend rechtliche Schutzwirkungen entfaltet.

Die elterliche Gewalt wird von der überwiegenden Meinung zutreffend als ein subjektives Recht mit relativem und absolutem Charakter aufgefaßt³³². Obwohl die elterliche Gewalt heute nicht mehr als Herrschaftsrecht, sondern in erster Linie als ein Pflichtrecht mit Schutz- und Fürsorgecharakter angesehen wird, ist es dadurch nicht zu einem rein relativen subjektiven Recht (gegenüber dem Kind) vermindert worden. Vielmehr ist die elterliche Gewalt auch ein subjektives Recht, das dem Berechtigten die Erfüllung seiner Pflichten gegenüber dem Kinde ermöglichen und ihn daher vor Eingriffen Unbefugter in diesen Bereich seiner Pflichterfüllung schützen soll. In diesem Ausschluß Dritter dokumentiert sich der absolute Charakter des subjektiven Rechtes der elterlichen Gewalt. Diese ist daher sowohl ein relatives subjektives Recht mit Innenwirkung (Verpflichtung der Eltern des Kindes) als auch ein absolutes subjektives Recht mit Außenwirkung (Abschirmung dieses Lebensbereiches gegen Unbefugte)³³³.

Der Meinung Wolf's, derzufolge jedes subjektive Familienrecht entweder nur relative oder nur absolute Wirkungen haben könne und die Bejahung von Rechten mit relativem und zugleich absolutem Charakter gegen das logische Gesetz vom ausgeschlossenen Widerspruch verstoßen würde³³⁴, kann daher nicht gefolgt werden.

Der Begriff des subjektiven Rechtes darf nicht so eng ausgelegt werden, daß er ausschließlich alternativ mit relativen oder absoluten Wirkungen auftreten könne. Vielmehr folgt aus dem Wesen der elterlichen Gewalt als einem Pflichtrecht, daß der Charakter dieses subjektiven Rechtes nicht alternativer, sondern kumulativer Natur ist, denn allein diese Doppelwirkung der elterlichen Gewalt nach innen und nach außen wird ihrem Wesen als Pflichtaufgabe und Anspruch auf Abwehr gegen Beeinträchtigung dieser Pflichterfüllung gerecht.

II

Deliktischer Schutz gem. § 823.

1)

Nach Abs. I.

Nach allgemeiner Auffassung kann bei Verletzung der aus dem Familienrecht entspringenden Ausschließlichkeitsrechte, zu denen auch die elterliche Gewalt als ein "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. I zähle³³⁵, ein deliktischer, d. h. stets auf Zuführung des Kindes gerichteter Restitutionsanspruch gem. §§ 823 Abs. I, 249 S. 1 gegeben sein.

So überzeugend die herrschende Meinung auf den ersten Blick auch sein mag, ist dennoch zu prüfen, ob der An-

spruch auf Herausgabe eines Kindes im Rahmen des Deliktrechtes überhaupt geltend gemacht werden kann.

Die Vorschriften der §§ 823 ff. gewähren dem Betroffenen einen Ersatzanspruch, der vor allem auf die *m a t e r i e l l e* Wiedergutmachung des erlittenen Schadens geht³³⁶ (Ausgleichszweck) und auch die ideelle Genugtuung für das durch die Störung der Rechtsordnung verletzte Rechtsempfinden beinhaltet (Genugtuungszweck).

Ausgehend von dieser materiellen Grundkonzeption deliktischer Restitutionsansprüche ist zu beachten, daß der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes primär das Problem des Kindesverbleibes beinhaltet. Die Fragen, welche Personen in welchem Umfang über den Aufenthalt des Kindes zu befinden haben, sind ihrer Natur nach ausschließlich familienrechtlicher Natur und materiellen Erwägungen insofern absolut unzugänglich. Die Frage des Kindesverbleibes als solche kann daher begrifflich nicht im Rahmen deliktischer Schadensersatzansprüche einer rechtlichen Würdigung unterzogen werden.

Das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes ist hinsichtlich des Kindesverbleibes somit ausschließlich im familienrechtlichen Bereich geregelt und hat insofern in § 1632 eine abschließende Regelung erfahren. Die Geltendmachung des Aufenthaltsbestimmungsrechts in seinem wörtlichen Kern als ein familienrechtlicher Anspruch steht zu materiellen Erwägungen im Sinne eines Schadensersatzrechtes wesensmäßig und teleologisch in unüberbrückbarem Gegensatz.

Aus dieser restriktiven Abgrenzung zum Deliktsrecht folgt jedoch nicht ein absoluter Ausschluß der Anwendbarkeit des § 823. Da in § 1632 ausschließlich das Recht zur Geltendmachung des Kindesverbleibes abschlie-

Send geregelt ist, verbleibt es im übrigen bei der Anwendbarkeit deliktischer Ansprüche im Bereich des Familienrechtes. Daraus folgt, daß alle in Zusammenhang mit dem eigentlichen Herausgabeanspruch (Hauptanspruch) entstandenen Schäden, wie z. B. Kosten des Zurückbringens, des Holens, des Findens, der Rechtsverfolgung usw. (Nebenansprüche) als materielle Begleiterscheinungen des familienrechtlichen Herausgabeanspruches im Wege des § 823 geltend gemacht werden können.

Im Verhältnis streitender Elternteile untereinander liegt ein zum Schadenersatz bezüglich der deliktischen Nebenansprüche verpflichtendes Handeln jedoch nur dann vor, wenn auf seiten des die Zuführung begehrenden Elternteiles zumindest das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht vorliegt³³⁷, denn wenn das Aufenthaltsbestimmungsrecht noch beiden Elternteilen zusteht, wird zwar durch die Wegnahme des Kindes das Mitbestimmungsrecht des anderen Elternteiles verletzt, während umgekehrt durch das Herausgabebegehren das Mitbestimmungsrecht des anderen Teils verletzt werden würde. Im Verhältnis der Elternteile untereinander sind in § 823 Abs. I daher nur die aus dem alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrecht eines Elternteiles resultierenden Nebenansprüche als geschützt anzusehen.

2)

Nach Abs. II.

Dagegen ist in § 235 StGB unverändert auch in seiner seit 1. April 1970 geltenden Fassung (BGBl. I S. 645) die gemeinsame Sorgerechtsbefugnis der Eltern geschütztes Rechtsgut³³⁸ und für die Verwirklichung des Entführungstatbestandes durch einen Elternteil ist es nach dieser Norm nicht erforderlich, daß

dem verletzten Elternteil das alleinige Sorgerecht bzw. Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht³³⁹.

Die eigenmächtige Wegnahme gemeinsamer Kinder unter 18 Jahren erfüllt bereits den Tatbestand des § 235 StGB, wenn der Täter das beiden Elternteilen gemeinschaftlich zustehende Sorgerecht (oder zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht) unter Verdrängung des dem anderen Elternteil mit zustehenden Rechtes in ein ausschließliches für sich verwandelt³⁴⁰.

Für die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche gegen den entführenden Elternteil ergibt sich aus den oben (II 1) dargelegten Grundsätzen, daß auch in diesem Rahmen die Geltendmachung deliktischer Ersatzansprüche auf die Nebenansprüche beschränkt ist, da ein vom Deliktsrecht grundsätzlich nicht umfaßter Anspruch nicht auf dem Umweg über eine außerhalb des Zivilrechtes liegende Norm im Rahmen des Abs. II des § 823 zu einem widersprechenden Ergebnis führen kann. Eine Erweiterung der in § 1632 getroffenen abschließenden Regelung im Wege über § 235 StGB ist unzulässig und eine Aufteilung des deliktischen Anspruches in Nebenansprüche nach § 823 Abs. I und Vollansprüche nach § 823 Abs. II i. V. m. § 235 StGB ist wegen Verstoßes gegen die abschließende Regelung des § 1632 abzulehnen.

Der wesentliche Unterschied für die Geltendmachung der materiellen Ersatzansprüche nach § 823 Abs. I und Abs. II besteht also nur darin, daß im Falle des Abs. II der verletzte Elternteil nicht alleiniger Inhaber des Sorge- bzw. Aufenthaltsbestimmungsrechtes sein muß.

III

Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.

Da die elterliche Gewalt ein absolutes subjektives Recht ist, haben deren Inhaber in Analogie zu §§ 12, 862, 1004 negatorische Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen rechtswidrige, nicht notwendig schuldhaft beeinträchtigungen außerhalb der Vorenthaltung des Kindes. Jede auch nur objektiv widerrechtliche Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt kann und muß auf Grund der Pflichtbindung der Eltern präventiv oder repressiv abgewehrt werden³⁴¹.

In bezug auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht kommt hier z. B. insbesondere eine Klage gegen einen Dritten oder einen Elternteil auf Unterlassung, das Kind gegen seine Eltern oder den aufenthaltsbestimmungsberechtigten Elternteil beeinflussen zu wollen und zum Verlassen des Elternhauses zu bestimmen zu versuchen, in Betracht.

IV

Verhältnis der verschiedenen Ansprüche zueinander.

Der Auffassung, daß der deliktische Schutz der elterlichen Gewalt von geringerer praktischer Bedeutung sei, als der Schutz durch die Herausgabeklage nach § 1632, ist aus den oben (I, II) dargestellten Erwägungen heraus zuzustimmen³⁴².

Da in jedem Falle der Herausgabeanspruch auf Geltendmachung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes nur durch die abschließende Regelung im Rahmen des § 1632 möglich ist, kann der auf die Nebenrechte beschränkte deliktische Ersatzanspruch nur einen relativ begrenzten Umfang haben³⁴³.

Für eine Unterlassungsklage neben der Herausgabeklage mit ihrem Hauptanspruch aus § 1632 und Nebenanspruch aus § 823 ist nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis anzuerkennen, wenn trotz der Herausgabe des Kindes und Schadenersatzleistung in das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht (z. B. durch Beeinflussungsversuche auf das Kind) eingegriffen wird.

Soweit ein Elternteil versucht, das Kind gegen den anderen Elternteil zu beeinflussen oder von diesem fortzulocken, ist eine Unterlassungsklage statthaft, wenn der klagende Elternteil alleiniger Inhaber des Personensorgerechtes (oder zumindest des Aufenthaltsbestimmungsrechtes) ist, in das insofern widerrechtlich durch den nichtsorgeberechtigten Elternteil eingegriffen wird.

V

Zuständigkeit.

Da das Vormundschaftsgericht nur für den familienrechtlichen Herausgabeanspruch nach Abs. II des § 1632 zuständig ist, bleibt es bei einem Elternstreit im Sinne des § 1632 Abs. II bezüglich der deliktischen Nebenansprüche, d. h. der materiellen Begleiterscheinungen des Herausgabeanspruches, und der negatorischen Unterlassungsklage bei der Zuständigkeit des Landgerichtes als Prozeßgericht (vgl. oben zweiter Teil I).

Diese Aufspaltung letztlich e i n e r im familienrechtlichen Bereich wurzelnden Streitigkeit auf Gerichte sowohl der streitigen als auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die unerfreuliche Konsequenz der oben (II) dargestellten unterschiedlichen Zweckbestimmung des deliktischen und familienrechtlichen Herausgabeanspruches.

Da nach der bestehenden gesetzlichen Regelung der Vormundschaftsrichter ausschließlich zur Entscheidung über die Frage des Kindesverbleibes zuständig ist, darf er über in diesem Zusammenhang auftretende Schadenersatzfragen nicht (mit-) entscheiden. Da andererseits im Deliktsrecht ausschließlich die materiellen Begleiterscheinungen des familienrechtlichen Herausgabeanspruches Gegenstand des Verfahrens sind, darf das im Rahmen des § 823 zuständige Prozeßgericht nicht über die Frage des Kindesverbleibes entscheiden.

Diese ausschließlich teleologisch bedingte und praktisch unbefriedigende Zuständigkeitsregelung sollte durch Schaffung von Familiengerichten, die für a l l e im Zusammenhang von Ehe und Familie auftretenden Fragen zuständig sein sollten, verbessert werden (vgl. oben Zweiter Teil III 1; unten 2).

1)

Zur Frage des Rechtsbehelfes gegen Untätigkeit des Vormundschaftsgerichtes.

Wenn der Vormundschaftsrichter angegangen wird, den auf § 823 Abs. I, II, i. V. m. § 235 StGB gestützten Anspruch eines Elternteiles gegen den anderen auf Schadenersatz bezüglich der aus der Herausgabe eines Kindes bestehenden materiellen Nebenansprüche zu entscheiden, ist er also insofern nicht zuständig.

Wenn der Vormundschaftsrichter den Erlaß der (unzulässigerweise) begehrten Entscheidung jedoch nicht ablehnt und dadurch keine im Sinne des § 19 FGG beschwerdefähige "Verfügung" erläßt, sondern gar nichts tut und auf das Klagebegehren überhaupt nicht reagiert, erhebt sich für den betroffenen Rechtsschutz suchenden Bürger die Frage, wie er den Richter zu

einer - wie auch immer gearteten - Entscheidung auf sein Klagebegehren veranlassen kann.

Die Frage, ob im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Untätigkeitsbeschwerde (Sachbeschwerde) zuzulassen ist oder nur der Weg der Dienstaufsichtsbeschwerde beschritten werden kann, ist umstritten.

Es trifft zwar zu, daß nach dem Wortlaut des § 19 Abs. I FGG nur Verfügungen des Gerichtes anfechtbar sind und daß nach dieser speziellen Regelung eine Anrufung des nächsthöheren Gerichtes zwecks Überprüfung der vorinstanzlichen Ansicht von dem Vorliegen einer richterlichen Entscheidung - mag diese zuerkennend oder ablehnend sein - abhängig ist.

Die Ablehnung der Zulässigkeit der Untätigkeitsbeschwerde mit dem Hinweis, daß eine analoge Anwendung wegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 19 FGG im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht möglich sei³⁴⁴, ist in ihrem Ergebnis unbefriedigend und im Hinblick auf Art. 19 Abs. IV GG nicht vertretbar³⁴⁵.

Jedes Verhalten der staatlichen Gewalt muß so weitgehend wie nur irgend möglich mit ordentlichen Rechtsbehelfen nachprüfbar sein. Bei Ablehnung der Untätigkeitsbeschwerde als Sachbeschwerde und Rechtsmittel würde als Rechtsschutz nur noch der außerordentliche Rechtsbehelf der Dienstaufsichtsbeschwerde verbleiben, die kein echtes Rechtsmittel im prozessualen oder verfassungsrechtlich garantierten Sinne ist und keinen wirklichen Rechtsschutz gewährt, sondern praktisch nicht mehr als eine form- und fristlose Anregung an die Aufsichtsbehörde darstellt, das Verhalten der nachgeordneten Behörde dienstaufsichtlich zu überprüfen³⁴⁶.

Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 20 Abs. I FGG nicht erklären wollen, daß bei Nichtvorliegen einer Verfügung die Beschwerde unzulässig sei, sondern durch § 20 FGG sollte dem Staatsbürger ein umfassender Rechtsschutz im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt werden³⁴⁷. Diese Absicht des Gesetzgebers kann jedoch nur realisiert werden, wenn gegen die Untätigkeit die Beschwerde zugelassen wird, wie es der Gesetzgeber auch getan hätte, wenn er bei Schaffung des § 20 FGG diesen Fall gesehen hätte³⁴⁸. Es bestehen daher keine Bedenken, die aus rechtsstaatlichen Grundsätzen dringend gebotene Zulässigkeit einer Untätigkeitsbeschwerde im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Wege analoger Anwendung des § 20 Abs. I FGG anzuerkennen³⁴⁹.

Der Auffassung des Kammergerichtes kann somit nicht gefolgt werden. Für die Zulässigkeit der Untätigkeitsbeschwerde spricht weiterhin auch die gesetzliche Regelung in § 23 Abs. II EGGVG, § 41 Abs. IV BRAO, § 111 Abs. II BNotO. Im übrigen hat der Gesetzgeber in § 42 Abs. I 2. Halbsatz 2. Alternative VWGO mit dem dort geregelten Fall der allgemeinen Untätigkeitsklage als Form der Verpflichtungsklage die Notwendigkeit ordentlichen Rechtsbehelfes gegen die Untätigkeit staatlicher Institutionen anerkannt und auf dem Teilbereich des öffentlichen Rechtes bereits positiv geregelt.

Jedoch kann die Beschwerdekammer des Landgerichtes nach Prüfung der Untätigkeitsbeschwerde in der Angelegenheit nicht selbst sachlich entscheiden, da sonst dem Beschwerdeführer eine Tatsacheninstanz verloren ginge. Die Beschwerdekammer kann lediglich das Vormundschaftsgericht anweisen, eine - wie auch immer geartete - richterliche Entscheidung zu treffen³⁵⁰.

Gegen die ablehnende Auffassung des Vormundschaftsgerichtes ist dann stets die Sachbeschwerde gegeben und es kommt zu einer erneuten Verhandlung vor der gleichen Beschwerdekammer. Dennoch ist daran festzuhalten, daß diese nicht bei der Untätigkeitsbeschwerde sofort in der Sache selbst entscheiden kann, da es nicht auszuschließen ist, daß das Vormundschaftsgericht auf Grund der Anweisung des Landgerichtes zum Erlaß irgendeiner Entscheidung dem Herausgabebegehren stattgibt oder es ablehnt und sich dabei von anderen, neuartigen Gesichtspunkten rechtlicher oder tatsächlicher Natur leiten läßt, als es die Beschwerdekammer bei sofortiger Sachentscheidung könnte. Die Möglichkeit, daß der Vormundschaftsrichter in seiner Entscheidung Gesichtspunkte berücksichtigt und Erwägungen anstellt, die das Landgericht in seiner (Erst-) Entscheidung vielleicht übersehen oder irrtümlich für nicht entscheidungserheblich halten würde, ist nicht auszuschließen. Wenn also der Vormundschaftsrichter zunächst in der Sache entscheiden muß, ist die Beschwerdekammer gezwungen, sich mit der erstinstanzlichen Meinung kritisch auseinanderzusetzen und den Fall anhand eines breiteren Spektrums sachkundiger Meinungen zu betrachten. Die Einhaltung des Instanzenzuges ist daher im Interesse einer möglichst umfassenden und optimalen Rechtspflege geboten.

2)

Schaffung von Familiengerichten.

Um das vorstehend mehrfach dargestellte Nebeneinander von Prozeß- und Vormundschaftsgericht in vielen Sachen von Ehe und Familie zu vermeiden, ist wiederholt der Vorschlag gemacht worden, a l l e mit Ehe und Familie zusammenhängenden Streitigkeiten neu zu bildenden "Familiengerichten" zuzuweisen, wie sie

in Japan und den USA seit langem erfolgreich bestehen³⁵¹.

Diesen Weg beschreitet auch die Reform des Ehescheidungsrechtes und des Unterhaltsrechtes nach der Ehescheidung. Die Ehrechtskommission beim Bundesministerium der Justiz vertritt in These 6 b zum Ehescheidungsrecht die Auffassung³⁵², daß der Scheidungsrichter auch über die Zuordnung der Kinder und das Verkehrsrecht, über den Unterhalt für die Ehegatten und die Kinder, über die Zuweisung der Ehewohnung und die Verteilung des Hausrates sowie auf Antrag auch über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der Ehegatten zu entscheiden habe.

Weiterhin stimmt die Kommission in These 8 zum Verfahrensrecht in Ehesachen dem Grundgedanken des Familiengerichtes insoweit zu, als sie vorschlägt, das Ehescheidungsverfahren und alle Verfahren wegen der Scheidungsfolgen bei einem Spruchkörper zusammenzufassen³⁵³.

Eine in diesem Sinne erfolgende Konzentration kann jedoch nur der erste Schritt in Richtung auf das notwendige Ziel sein, ein Gericht zu schaffen, das nicht nur im Falle der Ehescheidung zur Entscheidung auch aller sich aus dieser ergebenden Folgen berufen ist, sondern grundsätzlich und nicht nur im Falle der Ehescheidung (z. B. bei Getrenntleben der Eltern) für alle Streitigkeiten aus dem Bereich von Ehe und Familie zuständig ist.

Nur durch diese umfassende Reform wird eine Konzentration und Rationalisierung der Rechtspflege erreicht, die auch die Gefahr sich widersprechender Urteile weitgehend beseitigen und somit einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung auf dem gesamten familienrechtlichen Sektor dienen würde.

Schlußbetrachtung

Auch für das heutige Familienrecht ist insbesondere nach der Zeit des Nationalsozialismus die Freiheit von staatlichen Einflüssen oberstes Gebot. Die als Institution verfassungsrechtlich geschützte Kernfamilie basiert auf der übereinstimmenden Willensrichtung und Verhaltensweise ihrer Mitglieder, die als mündige Bürger nicht unter staatlichem Kuratel stehend grundsätzlich eigenverantwortlich die Entscheidungen im Bereich von Ehe und Familie treffen.

Dieser Grundsatz der Nichteinmischung des Staates in das Eigenleben der Familie wird jedoch von der Notwendigkeit begrenzt, der versagenden Familie zu helfen und notfalls im wohlverstandenen Interesse der Familie und ihrer Mitglieder auch gegen deren Willen die objektiv erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

In diesem Spannungsfeld zwischen Entscheidungsprimat der Familie und staatlicher Überwachungspflicht mit sekundärer Eingriffsbefugnis den jeweils rechten Ausgleich und die im Einzelfall die berechtigten Interessen aller Beteiligten wahrende Entscheidung zu finden, ist daher vornehmste und zugleich schwierigste Aufgabe der Organe der Rechtspflege im Bereich von Ehe und Familie.

Bei dem Streit um Kinder ist oberste Maxime, deren körperliches und seelisches Wohl und Gedeihen zu schützen und zu fördern. Hinter diesem Gebot muß im Kollisionsfalle das verfassungsmäßige Elternrecht notfalls zurücktreten. Dabei ist jedoch darauf zu achten, daß eine Einschränkung der Elternrechte nur dann zulässig sein kann, wenn sie für das Kindeswohl tatsächlich geboten ist, d. h. also nur dann, wenn durch die

Wiederherstellung des verletzten Elternrechtes das Kindeswohl beeinträchtigt werden würde.

Diese Akzentuierung des Elternrechtes erscheint in Anbetracht der Tatsache, daß die Rechtsprechung offenbar der Auffassung zuzuneigen beginnt, daß beim Elternstreit eine Verletzung des Elternrechtes des einen Elternteiles durch den anderen Teil sanktionslos hingenommen werden könne oder müsse, sofern nicht das Kindeswohl bedroht sei, besonders erforderlich. Diese Tendenz, praktisch alles zu dulden, sofern es nicht dem Kindeswohl schadet, stellt im Parallelogramm der Kräfte eine einseitige und abzulehnende Betonung des Kindeswohles bei gleichzeitiger Verminderung der Schutzwürdigkeit des Elternrechtes dar. Es ist vielmehr darauf zu achten, daß der Schutz des Elternrechtes - sei es auf verfassungsrechtlicher Ebene in vertikaler Abwehrrichtung gegen den Staat, sei es kraft zivilrechtlicher Befugnis in horizontaler Ebene gegen den anderen Elternteil - stets geboten ist und nur im Einzelfalle von den Interessen des Kindeswohles einschränkend überlagert wird. Die Überwindung des herrschaftsrechtlichen Gedankens im Kindschaftsrecht darf nicht in das andere Extrem einer das Elternrecht denaturierenden Dominanz eines falsch verstandenen Kindeswohles umschlagen.

In den Bereich des vom Staat wahrzunehmenden Schutzes des Kindes - falls die Eltern sich dazu als nicht willig oder fähig erweisen - gehört auch die Konsequenz der allumfassenden Durchsetzbarkeit einer derartigen Entscheidung, weil die Maßnahmen und Gebote zum Schutze des Kindeswohles weniger zum Vorteil des Inhabers der elterlichen Gewalt erfolgen, sondern im Allgemeininteresse getroffen werden und daher von jedermann respektiert und befolgt werden müssen.

Zur Erhöhung der Effizienz des Rechtsschutzes im Familienrecht und der Gewährleistung einer möglichst umfassenden Rechtssicherheit und Rechtseinheit wird die Schaffung von Familiengerichten einen wesentlichen Beitrag leisten. Die Vereinigung aller Streitigkeiten aus dem Bereich von Ehe und Familie in einer Hand wird daher einen weiteren Schritt in Richtung auf die Gewährung eines nicht nur umfassenden, sondern auch einheitlichen und für den Bürger durchschaubaren Rechtsschutzes darstellen.

Fußnoten

- 1) Dernburg Sokolowski, Pandekten, S. 894.
- 2) Der Vater durfte das Kind sogar töten und als Vermögensobjekt veräußern; vgl. Gai. I. 55: "quod ius proprium civium Romanorum est, fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filiis suis habent potestatem, qualem nos habemus".
- 3) So z. B. Karlowa, Rechtsgeschichte, S. 79.
- 4) Vgl. die Darstellung der Meinungen bei Zeis, Recht auf Herausgabe eines Kindes, S. 7 ff. und die Übersicht über die verschiedenen Hauptansichten bei Danz, Lehrbuch, S. 168 ff.
- 5) Eckart, Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder, S. 3.
- 6) Zeis, S. 9.
- 7) Karlowa, S. 79 oben.
- 8) Dernburg-Sokolowski, a. a. O.; Windscheid, Lehrbuch, S. 906, Anm. 2.
- 9) Eckart, S. 5.
- 10) Vgl. Dernburg-Sokolowski, a. a. O., Anm. 5; Eckart, S. 5; Windscheid, S. 925, Anm. 6.
- 11) 1.1. § 3 D.1.1.
- 12) Eckart, S. 7 ff.
- 13) 1.1. § 3.D.43.30.: si vero mater sit, quae retinet, apud quam magis quam apud patrem morari filium debere, ex iustissima scilicet causa. Divus Pius decrevit...aeque subveniendum ei erit per exceptionem; Eckart, S. 42 ff.
- 14) 1.3. § 5.: sine deminutione patriae potestatis.
- 15) Gaius I, 89: quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa peperit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione fit: nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit: at hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.

- 16) Zeis, S. 10.
- 17) 1.24. Dig. I,5.
- 18) Zeis, a. a. O.
- 19) Dernburg-Sokolowski, S. 897.
- 20) Dernburg-Sokolowski, S. 904.
- 21) Dernburg-Sokolowski, S. 895; Karlowa, S. 270.
- 22) So Bachofen, Lehren, S. 119, demzufolge "der Tutor der Unmündigen die volle potestas über Vermögen und Person des Pfleglings hatte und das Gleiche später für die Curatoren der Minderjährigen angenommen wurde".
- 23) Ausführliche Erörterung der Meinungsverschiedenheiten bei Karlowa, S. 270; Zeis, S. 11; vgl. auch Dernburg-Sokolowski, S. 904 und Windscheid, S. 938.
- 24) v. Schwerin, Privatrecht, S. 283.
- 25) Hübner, Privatrecht, S. 639.
- 26) Mitteis-Lieberich, Privatrecht, S. 60.
- 27) Planitz, Privatrecht, S. 213; Schwsp. 291: "Ein man verkoufet sin kint wol mit rehte, ob in ehaft not dar zuo twinget". Zusatz i. a. Hdschr.: "er sol ez aber nicht verkauffen in den tot noch in die heiden-schaft noch in deheim hurhaus. er mag ez einem herrn wol für eigen geben". (Zit. nach Kraut-Frensdorff, Privatrecht, S. 433, Nr. 10).
- 28) Mitteis-Lieberich, S. 61.
- 29) Hübner, S. 645 unten.
- 30) Hübner, a. a. O.
- 31) Mitteis-Lieberich, a. a. O.
- 32) Mitteis-Lieberich, a. a. O.; anders in Frankreich, wo sich eine echte Mitgewalt der Mutter entwickelt zu haben schien; so Mitteis-Lieberich, S. 61 und Hübner, S. 646 oben.
- 33) Nähere Erörterung der unterschiedlichen Meinungen bei Eckart, S. 9 ff.
- 34) Planitz, S. 217.
- 35) Zit. nach Planitz, a. a. O.

- 36) v. Schwerin, S. 287 oben.
- 37) Mitteis-Liberich, S. 62.
- 38) Planitz, S. 217 unten.
- 39) Mitteis-Lieberich, S. 62.
- 40) Planitz, a. a. O.
- 41) Planitz, S. 218.
- 42) Hübner, S. 654.
- 43) Planitz, S. 221.
- 44) Eckart, S. 38 ff. mit zahlreichen Nachweisen.
- 45) RGZ 122, 24 ff (27).
- 46) Kipp-Wolff, Lehrbuch, S. 316.
- 47) Gernhuber, Lehrbuch, S. 531, Fußn. 1.
- 48) Vgl. Dölle, Lehrbuch, S. 155; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 1 a; Palandt-Lauterbach, § 1632, Anm. 1; BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 1; Soergel-Siebert-Lange, § 1632, Rdz. 3; Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 2.
- 49) BGB-RGRK (Scheffler), § 1632 Anm. 3.
- 50) Anmerkung zu RG, JW 1924, 539 Nr. 11, in der er ausdrücklich auf eine analoge Anwendung des Eigentümerherausgabeanspruches hinweist.
- 51) Kipp-Wolff, Lehrbuch, S. 316.
- 52) Lehrbuch, S. 533.
- 53) Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 2.
- 54) Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 9; ebenso Palandt-Lauterbach, § 1632, Anm. 2; Soergel-Siebert-Lange, § 1632, Rdz. 5. Auch Dölle, Lehrbuch, S. 155, würde gegen diese Auffassung wohl kaum Bedenken hegen, da er hier bereits zur Befürwortung analoger Anwendung des § 985 neigen müßte.
- 55) Lehrbuch, S. 534; vgl. auch Beitzke, Lehrbuch, S. 173.
- 56) Vgl. oben A II.

- 57) Vgl. oben A I.
- 58) Gernhuber, Lehrbuch, S. 530.
- 59) Dieser lautet: "Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht".
- 60) BVerfGE 4,52 ff. (57) = FamRZ 1954, 242 ff.; Hamann jun. in: Hamann/Lenz, GG, Art. 6, Anm. B 5; Leipholz/Rinck, GG, Art. 6 Rdz. 6; Klein, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 6 Rdz. 8; BVerfGE 7,320 ff. (323 ff.) = FamRZ 1958, 272 ff. (273).
- 61) Beitzke, FamRZ 1958,7 ff (9).
- 62) BVerfGE 7,204 ff.; vgl. BVerfGE 7,411 ff.
- 63) Zur verfassungskonformen Auslegung z. B. BVerfGE 8,210 ff. (217) = FamRZ 1958, 451 ff. (453); Göppinger, FamRZ 1962, 507, Fußn. 6 m. w. N.
- 64) BVerfGE 13,318 ff. (325); vgl. BVerfGE 7,377 ff. (412).
- 65) Vgl. dazu die grundlegende Arbeit von Reuter, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, S. 19, Fußnote 2 m. w. N.
- 66) So auch Leipholz/Rinck, GG, Art. 6, Rdz. 6; Gernhuber, Lehrbuch, S. 530; Hamann jun. in: Hamann/Lenz, GG, Art. 6, Anm. B 4; Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 8.
Ausdrücklich gegen die Annahme eines Rechtes mit immanentem Pflichtengehalt Wolf, FamRZ, 1968, 493 ff. (497 linke Spalte), weil subjektive Rechte und Rechtspflichten begrifflich unvereinbar seien.
Habscheid, FamRZ 1957, 109 ff. (111), schließt sich der These eines "sozialrechtlichen Amtes" an, während das Bundesverfassungsgericht, FamRZ 1959, 416 ff. (420 linke Spalte oben), von einem "gebundenen Sozialrecht" spricht.
Ausführliche Darstellung des Problems bei Reuter, Kindesgrundrechte, S. 91 ff.
- 67) Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 9 b.
- 68) Gegen diese terminologisch unglückliche Fassung des Gesetzes wurden vielfach Bedenken geäußert. So Krüger in: Krüger/Breetzke/Nowack, GleichberG, Einleitung, Rdz. 278; Gernhuber, Lehrbuch, S. 530 und FamRZ 1962, 89; auch die vom Kammergericht, FamRZ

1965, 390 ff. (391), gewählte Bezeichnung "Schutzgewalt" weckt Assoziationen an die patria potestas bzw. die munt und jene Epochen der Rechtsordnung, denen Beherrschungsrechte an Personen nicht fremd waren.

Da das Elternrecht heute primär als ein Pflichtrecht mit Schutz- und Fürsorgecharakter zum Wohle des Kindes angesehen wird, sollte das Elternrecht statt "elterliche Gewalt" als "Elternverantwortung" bezeichnet werden (Vgl. Leipholz/Rinck, GG, Art. 6, Anm. 6).

Diese terminologische Korrektur würde dem heute herrschenden Schutz- und Fürsorgegedanken der Elternrechte eher entsprechen und eine unnötige herrschaftsrechtliche Komponente sprachlicher Art im familienrechtlichen Bereich beseitigen.

- 69) Staudinger-Göppinger, a. a. O., der von uneingeschränkter Identität ausgeht; vgl. auch Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 6, Rdz. 24.
- 70) Vgl. oben B I, Fußn. 60 und 66.
- 71) Statt vieler: Brinkmann, GG, Art. 6, Anm. I, 2 c; Leipholz/Rinck, GG, Art. 6, Rdz. 6; Gernhuber, Lehrbuch, S. 37.
- 72) Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 10.
- 73) Als Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. II GG werden z. B. angesehen:
- a) ausschließlich die leiblichen Eltern, die in einer durch Art. 6 Abs. I GG geschützten Ehe leben oder gelebt haben (einschl. Fälle des § 1719 BGB), (Hansmann, FamRZ 1962, 452 ff. (454 ff.);
 - b) neben den ehelichen Eltern die uneheliche Mutter; der nichteheliche Vater dann, wenn das Kind für ehelich erklärt wurde; der Scheinvater; die Adoptiveltern (Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 10);
 - c) neben den ehelichen Eltern nur die nichteheliche Mutter (Leipholz/Rinck, GG, Art. 6, Anm. 6; Rübner, FamRZ 1963, 154 ff.);
 - d) die ehelichen Eltern, die nichteheliche Mutter und die Adoptiveltern (Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 6, Rdz. 25);
 - e) die ehelichen Eltern, die nichteheliche Mutter, der nichteheliche Vater, der Scheinvater und die Adoptiveltern (Gernhuber, Lehrbuch, S. 37);
 - f) die ehelichen Eltern, die nichteheliche Mutter, der nichteheliche Vater (wenn er die Kinder bei sich hat) und mittels Änderung erzielter Ausdeh-

nung des Art. 6 Abs. II GG auch Adoptiv- und Pflegeeltern sowie Vormund (Brinkmann, GG, Art. 6, Anm. I 2 c);

g) die ehelichen Eltern, die nichteheliche Mutter, der nichteheliche Vater und die Adoptiveltern (Krüger in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, S. 325 ff.), dieselbe in: Krüger/Breetzke/Nowack, GleichberG, Einleitung, Rdz. 205);

h) alle rechtlichen Erziehungsberechtigten sind den Eltern gleichzustellen (Hamann jun. in: Hamann/Lenz, GG, Art. 6, Anm. B 4).

74) BVerfGE 10, 59 ff. = FamRZ 1959, 416 ff.

75) BVerfGE 24, 119 ff. (135 ff.) = FamRZ 1968, 578 ff. (582 ff.).

76) BVerfGE 10, 59 ff. (81) = FamRZ 1959, 416 ff. (421, linke Spalte oben).

77) BVerfGE 24, 119 ff. (150) = FamRZ 1968, 578 ff. (585, rechte Spalte unten).

78) BVerfGE, a. a. O.

79) Baumgarte, Elternrecht, S. 17, Fußnote 3 m.w.N.

80) Im Parlamentarischen Rat erklärten die Fraktionen der CDU/CSU, der DP und des Zentrums nach Ablehnung ihrer Anträge zum Elternrecht im Schulwesen (47. Sitzung des Hauptausschusses vom 8.2. 1949, Kurzprotokoll S. 12): Sie hielten an ihrem Standpunkt fest, das Erziehungsrecht der Eltern stelle ein `g o t t g e g e b e n e s N a - t u r r e c h t` dar, das jedem staatlichen Zugriff entzogen sei. Da nach demokratischen Grundsätzen aber die Mehrheit entscheide, bestehe keine Möglichkeit, die Anerkennung des Elternrechtes in vollem Umfang in diesem Staatsgrundgesetz durchzusetzen (zit. nach Hahnzog, FamRZ 1971, 336, Fußnote 26).

81) Vgl. Gebhard, Komm. zur WRV, Art. 120, Anm. 2 a und Anschütz, Komm. zur WRV, Art. 120, Anm. 2 mit jeweils ausführlichen Literaturhinweisen.

82) Gegen den Rückgriff: Peters, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, S. 369 ff. (374).

83) Anschütz, a. a. O.

- 84) Vgl. Anschütz, a. a. O.; Maunz, in: Maunz/Dürig/
Herzog, GG, Art. 6, Rdz. 22; Peters, a. a. O., S.
373, Fußnote 15 und S. 374, der von einem "müßi-
gen Streit" (um Worte) spricht; Gebhard, a. a. O.
- 85) Vgl. Hansmann, FamRZ 1962, 452 ff. (454 linke Spal-
te), der von ausschließlichem Naturrechtscharakter
des Elternrechtes ausgeht; Baumgarte, a. a. O.,
S. 34 ff. (37); Rübner, FamRZ 1963, 153 ff. (157).
- 86) Vgl. auch Stein, in: Stein/Joest/Dombois, Eltern-
recht, S. 37; Hahnzog, a. a. O., S. 336 linke
Spalte oben.
- 87) Vgl. BVerfGE 24, 119 ff. (150) = FamRZ 1968, 578
ff. (585 rechte Spalte unten).
- 88) BVerfGE 24, 119 ff. (135) = FamRZ 1968, 578 ff.
(582 linke Spalte oben).
- 89) In neuerer Zeit Hansmann, FamRZ 1962, 452 ff.
- 90) Wernicke, in: Bonner Kommentar, Art. 6, Erl. II 2 c.
- 91) Hansmann, FamRZ 1962, 452 ff. (454 linke Spalte)
und FamRZ 1963, 489 ff. (489 rechte Spalte).
- 92) Hansmann, FamRZ 1962, 452 ff. (454 rechte Spalte).
- 93) Niclas, ZblJugR 1960, 207 ff. (208 linke Spalte).
- 94) So z. B.: Leipholz/Rinck, GG, Art. 6, Rdz. 6;
Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu 1666, Rdz. 11;
Bosch, Gutachten, S. 56, der es "in gewissem Umfan-
ge" zubilligen will und darunter offenbar das "Mit-
Erziehungsrecht" der nichtehelichen Mutter meint
(S. 57); Peters, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner,
Die Grundrechte, S. 375; Krüger, in: Bettermann/
Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, S. 342; Horst-
mann, Personenrechtliche Beziehungen, S. 35 oben;
Rübner, FamRZ 1963, 153 ff. (155 linke Spalte) und
FamRZ 1963, 490; beiläufig Eißer, FamRZ 1963, 473
ff. (478 rechte Spalte); Baumgarte, S. 27 ff.;
Gernhuber, Lehrbuch, S. 38; OLG Stuttgart, FamRZ
1964, 51 ff. (52 rechte Spalte); Rauschert, ZblJugR
1962, 152 ff. (159), der zu dem "natürlichen" Eltern-
begriff offenbar auch die leibliche, aber nichtehe-
liche Mutter zählt.
- 95) Rübner, a. a. O., S. 153 linke Spalte.
- 96) Peters, a. a. O., S. 375.

- 97) Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969 (BGBl. I S. 1243).
- 98) Bosch, Gutachten, S. 57.
- 99) Gernhuber, Lehrbuch S. 38.
- 100) Rübner, a. a. O., S. 154 linke Spalte (und 490): "Die Bestimmungen der Absätze II und III sollten ursprünglich einen besonderen Artikel bilden. Erst der sog. Fünferausschuß schob sie zwischen die jetzigen Absätze I und IV des Art. 6. Eine für den Elternbegriff bedeutsame Änderung des Textes wurde weder anlässlich dieser Umgruppierung noch später vorgenommen". Vgl. BVerfGE 24, 119 ff. (135 ff.) = FamRZ 1968, 578 ff. (582 linke Spalte).
- 101) Scheffler, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, S. 252 oben; Hansmann, a. a. O., S. 454 linke Spalte; Bayer. VerfGH, in VerwRSpr. Bd. 6, Nr. 151, S. 641 ff. (643) der allerdings nicht zu dem Verhältnis zwischen Abs. I und Abs. II Stellung nimmt; vgl. auch Engler, FamRZ 1969, 63 ff. (64).
- 102) Krüger, a. a. O., S. 341 Fußnote 68 mwN; dieselbe in: Krüger/Breetzke/Novack, GleichberG, Einleitung, Rdz. 211; BVerwG in FamRZ 1962, 471 ff. (472 rechte Spalte oben) = NJW 1963, 362 ff. (362 rechte Spalte oben).
- 103) Scheffler, a. a. O.; Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 6, Erl. II 3 a.
- 104) Scheffler, a. a. O.; Baumgarte, S. 29.
- 105) Rübner, a. a. O.; S. 155 linke Spalte; Krüger, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, S. 334.
- 106) Krüger, a. a. O., S. 342; offenbar als selbstverständlich ansehend auch BVerfGE 24, 119 ff. (135) = FamRZ 1968, 578 ff. (582 linke Spalte oben).
- 107) So offenbar Bosch, Gutachten, S. 57, der von der (grundrechtlichen) Garantie eines (Mit-) Erziehungsrechtes der nichtehelichen Kindesmutter ausgeht.
- 108) So z. B. Bosch, Gutachten, S. 56 ff. (90); Bayer. VerfGH in FamRZ 1963, 147 ff. (149 linke Spalte unten); Hansmann, a. a. O., S. 454; Peters, a.a.O., S. 375; Rübner, a. a. O., S. 156; BVerwG in FamRZ 1962, 471 ff. (472 rechte Spalte oben); Baumgarte, S. 30 ff.; Dagegen: Krüger, a. a. O., S. 354, für den Fall der Blutsverwandtschaft.

- 109) BVerfGE 24, 119 ff. (150) = FamRZ 1968, S. 578 ff. (585 rechte Spalte unten).
- 110) BVerfGE 7, 198 ff. (205); 21, 362 ff. (372).
- 111) BVerfGE 24, 119 ff. (144 ff.) = FamRZ 1968, 578 ff. (584 linke Spalte unten).
- 112) Simitis, StAZ 1970, 255 ff. (264); Gernhuber, Lehrbuch, S. 40; Krüger, a. a. O., S. 354.
- 113) So zutreffend Hahnzog (FamRZ 1971, S. 337, Fußnote 50 und S. 338) zur Adoptionsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (a. a. O.); vgl. auch Engler, FamRZ 1970, 63 ff. (66.).
- 114) § 1589 früherer Absatz II aufgehoben mit Wirkung vom 1.7.1970 durch Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969 (BGBl. I S. 1243); vgl. Odersky, NeG-Komm., § 1589 BGB, Anm. II.
- 115) Bosch, FamRZ 1970, S. 497 ff. (501).
- 116) Vgl. Bosch, Gutachten, S. 57, 89 ff. (91), der bei der nichtehelichen Mutter die Möglichkeit eines prinzipiell eingeschränkten Verfassungsrechts in Form eines (Mit-) Erziehungsrechtes anerkennt, "Vaterrechten" jedoch sehr reserviert gegenübersteht; derselbe, in: FamRZ 1970, S. 497 ff. (502 insbesondere linke Spalte unten) mit offenbar nicht mehr so ablehnender Haltung gegenüber der Anerkennung gewisser Vaterrechte.
- 117) Insbes. Peters, a. a. O., S. 375; im Ergebnis grundsätzlich auch Rübner, a. a. O., S. 157 linke Spalte oben; Hansmann, a. a. O., S. 454 linke Spalte; Baumgarte, a. a. O., S. 32 ff. (34 ff. m.w.N.).
- 118) BVerfGE 24, 119 ff. (150) = FamRZ 1968, 578 ff. (585 ff.); Anders, FamRZ 1960, 475 ff. (477 rechte Spalte unten); Krüger, in: Krüger/Breetzke/Nowack, GleichberG, Einleitung, Rdz. 205; Horstmann, a. a. O., S. 29 ff. (30); Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 13; Gernhuber, Lehrbuch, S. 37.
- 119) Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 6, Rdz. 25; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 6, Anm. IV 2 b.
- 120) BVerfGE 24, 119 ff. (145, 150) = FamRZ 1968, 578 ff. (584 rechte Spalte, 585 ff.).

- 121) Bosch, Gutachten, S. 118; Horstmann, a. a. O., S. 29.
- 122) BVerfGE, a. a. O. S. 150 = 585 rechte Spalte unten.
- 123) Das BVerfG, a. a. O., S. 145, spricht zwar nur vom Wächteramt des Staates und den sich daraus ergebenden Pflichten, aber es erscheint aus der Schutz- und Zweckrichtung des Art. 6 Abs. II GG in Verbindung mit der grundsätzlichen Zurückweisung eines staatlichen Erziehungsprimates auch in personeller Hinsicht nicht abwegig, e contrario von einer Garantie oder verfassungsrechtlich geschützten Position des Adoptionsrechtes auszugehen. So auch Gernhuber, Lehrbuch, S. 37 Fußnote 3, der auch eine Garantie des Adoptionsrechtes für gegeben erachtet; dagegen Rüfner, FamRZ 1963, 153 ff. (156 linke Spalte), der das Adoptionsrecht als nicht unter Verfassungsschutz stehend ansieht.
- 124) BVerfGE, a. a. O., S. 123 = 579 linke Spalte unten.
- 125) Horstmann, a. a. O., S. 30; vgl. auch Hahnzog, a. a. O., S. 339 linke Spalte; Gernhuber Lehrbuch, S. 37.
- 126) Horstmann, a. a. O., S. 30 ff. (33). Im Ergebnis daher Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 19 Abs. III, Rdz. 17, abzulehnen, der von der Feststellung, daß die potentielle Grundrechtsfähigkeit nichts mit aktuellen natürlichen Eigenschaften und Fähigkeiten zu tun hat, in den Fällen glaubt eine Ausnahme machen zu müssen, wo die Verfassung expressis verbis das Grundrechtssubjekt nach natürlichen und "vertretbaren" Eigenschaften bestimmt. Z. B. sei daher nach Art. 6 Abs. II nicht grundrechtsfähig, wer nicht die natürliche Elterneigenschaft habe.

Damit steht er auch in direktem Widerspruch zu Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 6, Rdz. 25, der auf die "Eltern im Rechtssinn" als Träger des verfassungsmäßigen Elternrechtes abstellt und daher auch Adoptiveltern in den Kreis der Grundrechtsträger einbezieht; vgl. auch oben Fußn. 119.
- 127) Rüfner, a. a. O., S. 156 rechte Spalte; dazu Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 13, der die praktischen Schwierigkeiten dieser Konstruktion aufzeigt; vgl. auch Hansmann, a. a. O. S. 454 linke Spalte oben.

- 128) BVerfGE 24, 119 ff. (150) = FamRZ 1968, 578 ff. (585) rechte Spalte unten).
- 129) So auch Hahnzog, a. a. O., S. 340 linke Spalte; vgl. auch Soergel/Siebert (Lange), § 1626, Rdz. 4, mit ausführlichen Nachweisen über den Streitstand; Gernhuber, Lehrbuch, S. 36.
- 130) BVerfGE 10, 302 ff. (328); vgl. Anm. v. Bosch, FamRZ 1960, 186 ff.
- 131) BVerfGE, a. a. O., S. 311, 327; Lindacher, FamRZ 1964, 116 ff. (117 linke Spalte).
- 132) Lindacher, a. a. O., S. 117 ff.; vgl. Bosch, a. a. O., S. 186, Fußn. 1 m.w.N., wo mehr das familienrechtlich-private Element der Einzelvormundschaft betont wird.
- 133) Hahnzog, a. a. O., S. 339 linke Spalte.
- 134) So auch Maurer, FamRZ 1960, 468 ff. (471 linke Spalte); vgl. Gernhuber, Lehrbuch, S. 776 ff. (777); Dunz, FamRZ 1961, 247 ff. (249); Soergel-Siebert (Germer), Vorbem. zu § 1773, Rdz. 3; BGHZ 17, 108.
- 135) So Peters, a. a. O., S. 379; Maurer, a. a. O., S. 472 linke Spalte.
- 136) Schwab, JZ 1970, 745 ff. (746 rechte Spalte).
- 137) BVerfGE 6, 55 ff. (72) = FamRZ 1957, 82 ff. (83 rechte Spalte unten); Funk, FamRZ 1969, 69 ff. (70 linke Spalte unten); vgl. auch Hahnzog, a.a.O., S. 339 rechte Spalte.
- 138) Peters, a. a. O., S. 375.
- 139) So v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 6, Anm. IV 2 b.
- 140) Gegen die Argumentation anhand der Verfassungsbeschwerde, Lindacher, a. a. O., S. 118 rechte Spalte, und Hansmann, a. a. O., S. 453 linke Spalte.
- 141) So Peters, a. a. O., S. 375; Baumgarte, a. a. O., S. 34, S. 40, die dem Vormund aber die Stellung als Erziehungsberechtigten nach Abs. III zuerkennt; so auch Hampel, FamRZ 1963, 537 ff. (544 rechte Spalte).
- 142) Rübner, a. a. O., S. 154; Hahnzog, a. a. O., Fußnote 83.

- 143) Zweifelnd Lindacher, a. a. O., S. 116, Fußn. 3.
- 144) Erman-Hefermehl, § 1733, Anm. 4; BGHZ 9, 255 ff. (257); 17, 108 ff. (114); Lindacher, a. a. O., S. 117, Fußn. 18; Maurer, a. a. O., S. 471 rechte Spalte oben; Gernhuber, Lehrbuch, S. 776; Staudinger-Engler, § 1789, Rdz. 2.
- 145) Saage, JR 1956, 282 ff. (283 linke Spalte); Krüger, JZ 1955, 634 ff.; BGB-RGRK (Scheffler), Vorbem. zu § 1773, Anm. 6.
- 146) BGBI. I S. 1197.
- 147) Krüger, a. a. O., S. 635 rechte Spalte; BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O.
- 148) Maurer, a. a. O., S. 471 rechte Spalte; Staudinger-Engler, a. a. O.; Gernhuber, a. a. O., S. 777.
- 149) BVerfGE 21, 362 ff. (369); Rupp-v. Brünneck, Festschrift, S. 349 ff. (362).
- 150) BVerfGE, a. a. O., S. 370; Lindacher, a. a. O., S. 116, Fußn. 3.
- 151) BVerfGE, a. a. O.; Rupp-v. Brünneck, a. a. O., S. 356, die ausdrücklich Art. 6 Abs. II auf juristische Personen für unanwendbar erklärt; Hahnzog, FamRZ 1971, 334 ff. (339 rechte Spalte), der mit dem Schutzzweck des Art. 6 Abs. II argumentierend die Bejahung eines Grundrechtsschutzes für das Jugendamt für möglich hält.
- 152) Vgl. auch die Übersicht oben bei Fußn. 72; ausdrücklich ablehnend Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 15.
- 153) Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 12; Hahnzog, a. a. O., S. 338 rechte Spalte; vgl. auch Baumgarte, a. a. O., S. 37, und Rüfner, a. a. O., S. 157 rechte Spalte, die den ehelichen Scheinvater nicht als Träger des Elternrechtes ansehen wollen, aber gleichzeitig einschränkend feststellen, daß ihm das Fehlen seines Elternrechtes nach § 1593 erst ab Rechtskraft eines positiven Anfechtungsurteils entgegengehalten werden könne.
- 154) Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 6 Rdz. 25; Hahnzog, a. a. O., S. 340 linke Spalte; Staudinger-Donau, § 1627, Rdz. 11 ff.; Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 15; Palandt-Lauterbach, § 1626, Anm. 3.

- 155) Vgl. BVerfGE 10, 59 ff. (66) = FamRZ 1959, 416 ff. (417 rechte Spalte unten).
- 156) Scheffler, a. a. O., S. 258; BVerfGE 7, 198 ff. (206).
- 157) BVerfGE 6, 55 ff. (72) = FamRZ 1957, 82 ff. (83 rechte Spalte).
- 158) Nach Hamann jun., in: Hamann/Lenz, GG, Art. 6, Anm. B 4, bedeutet Pflege und Erziehung der Kinder einen Sammelbegriff, der sowohl die Sorge für die Person als auch die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten der Eltern umfaßt; für Mangoldt-Klein, GG, Art. 6, Anm. IV 5 d, stellt Art. 6 Abs. II Satz 1 praktisch nicht mehr als eine bloße verfassungsrechtliche "Verankerung" des bereits bestehenden privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kindschaftsrechtes einschließlich vor allem des § 1666 BGB und des Jugendwohlfahrtsgesetzes in allen ihren Konkretisierungen durch Rechtslehre und Rechtsprechung dar; nach Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 6, Erl. II 2 b, bilden Pflege und Erziehung den Kern der sog. Personensorge, die sich naturgemäß aus der Gemeinschaftsform der Familie ergibt.
- 159) Vgl. Staudinger-Donau, § 1626, Rdz. 8; Gernhuber, FamRZ 1962, 89 ff. (92); Dölle, Lehrbuch, I, S. 34; Horstmann, a. a. O., S. 25 und Gernhuber, Lehrbuch, S. 35, wenden sich dagegen, daß die elterliche Gewalt in ihrer gegenwärtigen Form "versteintert"; nicht eindeutig Staudinger-Göppinger, Vorbem. zu § 1666, Rdz. 9 b, 36; vgl. Engler, FamRZ 1969, 63 ff. (64).
- 160) Gernhuber, a. a. O., S. 36; BGH, FamRZ 1956, 371 ff. (376 linke Spalte oben).
- 161) Kipp-Wolff, Lehrbuch, S. 312.
- 161a) Planck, Komm., § 1634, Anm. 5.
- 162) Staudinger-Donau, Vorbem. zu § 1626, Rdz. 14.
- 162a) Planck, Komm., Vorbem. I 2 vor § 1684 (S. 549).
- 163) Staudinger-Engelmann, § 1635, Anm. 1 a, b.
- 164) RGBl. I, 939; 1263.
- 165) BVerfG, JZ 1954, 32 ff. (35) = MDR 1954, 87; = NJW 1954, 65 ff. (67).

- 166) BayObLGZ 1953, 372 ff. (373 unten); vgl. auch OLG Celle, MDR 1953, 362 ff.; OLG Hamm, NJW 1953, 1354.
- 167) BVerfG, JZ 1954, S. 32 ff. (36 rechte Spalte); BGHZ 11, Anh. 52, 71; BGHZ 20, 313 ff. (320).
- 168) Vgl. ausführlichen Überblick über die offenen Fragen bei Staudinger-Donau, Vorbem. zu § 1626, Rdz. 18 bis 26.
- 169) BGBI. I 609.
- 170) BVerfGE 10, 59 ff. = FamRZ 1959, 416 ff.
- 171) Zeis, Herausgabe, S. 20.
- 172) Erman-Hefermehl, § 1707, Anm. 3; Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 6.
- 173) BGBI. I 1221.
- 174) BGBI. I 1243.
- 175) Odersky, NEhelG, § 1673, Anm. 3.
- 176) RGZ 76, 283 ff. (287); Josef, KGBI. 1911, 117 ff. (119 rechte Spalte unten, zum Kwilecki-Fall); Staudinger-Engelmann, § 1632, Anm. 2 c.
- 177) Vgl. auch KG, FamRZ 1970, 488 ff., das ebenfalls den Herausgabeanspruch des Jugendamtes als Personensorgerechtspfleger anerkennt.
- 178) Vgl. Lit. Nachweis Fußn. 154; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 2 b; OLG Celle, FamRZ 1970, 201 ff. (202 rechte Spalte).
- 179) RG, JW 1916, 910 ff. (911 linke Spalte oben).
- 180) Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Anm. 4 c aa; Kipp, Lehrbuch, S. 316; Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 9; Erman-Ronke, a. a. O.; Palandt-Lauterbach, § 1632, Anm. 2; BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 3; OLG Augsburg, SeuffA. 71, Nr. 41; OLG Hamburg, ROLG 30, 132 ff.; dagegen OLG Hamburg, ROLG 21, 255 ff. (256), welches einen Anspruch offenbar nur gegen den unmittelbaren Gewalthaber zulassen will; vgl. oben Fußn. 49 - 55.
- 181) Gernhuber, Lehrbuch, S. 533.

- 182) Scheffler, a. a. O.; OLG Königsberg, HRR 1940, Nr. 353, das bei einer 18jährigen Tochter kein Vorenthalten mehr annahm.
- 183) OLG Düsseldorf, NJW 1968, 453 ff. (454).
- 184) Vgl. RG, JW 1924, 539 ff. (540) m. Anm. v. v. Blume.
- 185) RG, Recht, 1918, Nr. 1383; Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 6.
- 186) OLG Düsseldorf, FamRZ 1968, 43 ff. (45 linke Spalte oben); KG, FamRZ 1965, 448 ff. (450 linke Spalte oben).
- 187) OLG Celle, ROLG 41, 59; OLG Augsburg, SeuffA. 71, Nr. 41; Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 10; BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 4 c.
- 188) Erman-Ronke, § 1632, Anm. 3 a.
- 189) BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O.; Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 7; BayOBLGZ 13, 496 ff. (500); Recht, 1928, Nr. 2108; KG, JW 1921, 175; RG, JW 1907, 6.
- 190) So z. B. Staudinger-Donau, a. a. O., Rdz. 10 b; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O.; Krüger, in: Krüger/Breetzke/Novack, GleichberG, § 1632, Rdz. 5.
- 191) So auch zutreffend BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O.; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 2 b.
- 192) So auch BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O., Anm. 6; RGZ 55, 419 ff. (420); JW 1915, 1261; KG, ROLG 23, 412 ff. (413 unten); KG, FamRZ 1955, 295 ff. (296); 1965, 448 ff. (449 rechte Spalte); OLG Celle, FamRZ 1970, 201 ff. (202 linke Spalte); Gernhuber, Lehrbuch, S. 534, demzufolge es allein Aufgabe des Vormundschaftsgerichtes ist, die Interessen des Kindes gegen seine Eltern wahrzunehmen; BGH, NJW 1951, 309 ff.
- 193) OLG Celle, FamRZ 1970, 201 ff. (202 linke Spalte); LG Augsburg, NJW 1968, 1331 ff. (1332) mit Anm. von Donau, der das Ergebnis billigend die Begründung ablehnt; OLG Hamm, FamRZ 1970, 95 ff. (98 linke Spalte), das im Falle des Elternstreites um die Herausgabe auch den Einwand der Verletzung des Kindeswohles als zulässig erachtet; KG, FamRZ 1965, 448 ff. (450 linke Spalte); vgl. dagegen OLG Tübingen, AcP 150, 277 ff., das unter dem Gesichtspunkt des offensichtlichen Rechtsmißbrauches auch eine Prüfung anhand des Kindeswohles im Prozeßverfahren für zulässig erachtet.

- 194) Vgl. im einzelnen die Rechtsprechungsübersicht bei Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 11 und bei Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 7 - 9.
- 194a) Vgl. OLG Celle, FamRZ 1970, 201 ff. (202 rechte Spalte).
- 195) OLG Jena, DRZ 1914, 447; RG, DR 1944, 663 ff. (664); Gernhuber, a. a. O.; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 1 a; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O.; Staudinger-Donau, a. a. O.; BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O., Anm. 8.
- 196) Vgl. ältere Rechtsprechung bei Staudinger-Engelmann, a. a. O., Anm. 3 und bei Zeis, Herausgabe, S. 34; BGH, FamRZ 1960, 396 ff. = MDR 1960, 912 ff. = NJW 1960, 2099 ff.; KG, FamRZ 1955, 295 ff.; Gernhuber, Lehrbuch, S. 534; BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O., Anm. 9.
- 197) Rosenberg-Schwab, Lehrbuch, S. 435; vgl. oben, Fußn. 10.
- 198) Bosch, AcP, 149, 32 ff. (41).
- 199) Bejahend Planck-Unzner, § 1632, Anm. 1; ablehnend Staudinger-Engelmann, a. a. O., Anm. 3; auch Zeis, a. a. O., S. 35 ff.
- 200) Vgl. auch Soergel-Siebert (Lange), § 1673, Rdz. 5.
- 201) So mit Recht Planck-Unzner, a. a. O.
- 202) Zeis, a. a. O.
- 203) Staudinger-Donau, § 1673, Rdz. 27; die Bestellung eines Prozeßpflegers neben dem Vormund wäre unzulässig, BayOBLGZ 25, 200 ff. (203).
- 204) Baumbach-Lauterbach, § 612, Anm. 1.
- 205) So auch Staudinger-Donau, a. a. O.
- 206) So offenbar auch Soergel-Siebert (Lange), § 1673, Rdz. 5, der die Prozeßfähigkeit für die Kindesherausgabe offenbar nicht nur auf minderjährige Müller ausgedehnt wissen will.
- 207) OLG Nürnberg, FamRZ 1966, 158 ff.; KG, FamRZ 1965, 448 ff.; Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 12; Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 17, 31 a.
- 208) OLG Nürnberg, a. a. O., S. 158 rechte Spalte.

- 209) BT-Drucksache 224/2. Wahlperiode, S. 60.
- 209a) Soergel-Siebert-Germer, § 1800, Anm. 3 m.w.N.;
dagegen: Soergel-Siebert-Lange, § 1632, Anm. 4;
Staudinger-Engler, § 1800, Rdz. 2; BGH NJW 1960,
2099 = FamRZ 1960, 396 ff.
- 210) Zutreffend auch OLG Nürnberg, a. a. O.; KG, FamRZ
1965, 448 ff. (449) in dem seinerzeit aufseherer-
regenden Fall "Angelika Kurtz".
- 211) KG, a. a. O., S. 449 rechte Spalte oben.
- 212) Auch der Amtsvormund kann den Herausgabeanspruch
aus § 1632 geltend machen, OLG Karlsruhe, FamRZ
1965, 452; LG Augsburg, NJW 1968, 1331 ff. (1332
linke Spalte).
- 213) So auch OLG Karlsruhe, Justiz, 1965, S. 141 rech-
te Spalte; weitere Nachweise bei Soergel-Siebert
(Lange), § 1632, Rdz. 12.
- 214) So Soergel-Siebert (Germer), § 1800, Rdz. 3; da-
gegen Soergel-Siebert (Lange), a. a. O.
- 215) Vgl. Habscheid, RPfleger 1957, 326 ff. (329 lin-
ke Spalte unten); Bosch, FamRZ 1957, 231 ff. (233
rechte Spalte); Paulick, FamRZ 1958, 1 ff. (5 rech-
te Spalte).
- 216) LG Köln, FamRZ 1955, 215 ff.; Krüger, in: Krüger/
Breetzke/Nowack, GleichberG, § 1632, Rdz. 3; Beitz-
ke, JR 1959, 401 ff. (404 rechte Spalte); Palandt-
Lauterbach, § 1632, Anm. 3.
- 217) Dazu neigend Bosch, RPfleger 1954, 2 ff. (10 lin-
ke Spalte); ohne Begründung eindeutig bejahend
Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 20; auch Dölle,
S. 156.
- 218) So auch BayObLGZ 1961, 81 ff. = FamRZ 1962, 77 ff.
- 219) Vgl. auch Beitzke, Lehrbuch, S. 194; zur Problema-
tik gewillkürter Prozeßstandschaft vgl. Thomas-
Putzo, ZPO, § 51, Anm. IV 4.
- 220) Vgl. auch Palandt-Lauterbach, a. a. O.; Soergel-
Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 4; Staudinger-Donau,
§ 1632, Rdz. 22; zweifelnd Bosch, FamRZ 1954,
406 ff. (415 rechte Spalte); Finke, NJW 1953, 606
ff. (609 linke Spalte); auch Paulick, FamRZ 1958,
1 ff. (5 rechte Spalte) geht davon aus, daß die
Eltern in der Regel den Anspruch in gegenseitigem
Einvernehmen geltend machen müssen; OLG Celle,

- FamRZ 1970, 201 ff. (202 linke Spalte); Donau, MDR 1958, 6 ff. (9 Fußn. 13).
- 221) So auch BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 10.
- 222) BayObLGZ, a. a. O., S. 85.
- 223) Finke, NJW 1953, 606 ff. (609 linke Spalte) der darauf abstellt, ob der andere Elternteil Widerspruch erhebt; Donau, MDR 1958, 6 ff. (9 Fußn. 13); Paulick, a. a. O.; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O.
- 224) Vgl. Paulick, FamRZ 1958, 1 ff. (5 rechte Spalte: "Wenn der andere Elternteil n a c h w e i s - l i c h auf die Herausgabe keinen Wert legt"); Staudinger-Donau, a. a. O., Rdz. 23.
- 225) BayObLGZ 1953, 372 ff. (373 unten); vgl. auch OLG Celle, MDR 1953, 362 ff. (363 linke Spalte); OLG Hamm, NJW 1953, 1354; siehe auch oben Fußn. 167.
- 226) Viehweg, Topik, S. 15.
- 227) Larenz, Methodenlehre, S. 352.
- 228) Becker, Festschrift Lehmann, S. 70 ff. (84).
- 229) Larenz, a. a. O., S. 357.
- 230) Becker, a. a. O.; vgl. auch derselbe in "Mandat und Gesetz", S. 172 ff.
- 231) Viehweg, a. a. O., S. 65.
- 232) Esser, Grundsatz, S. 78.
- 233) Forsthoff, Verfassungsauslegung, S. 37 ff. (40).
- 234) Ehrlich, Rechtsfindung, S. 34.
- 235) BGHZ 20, 313 ff. = MDR 1956, 538 ff. = FamRZ 1956, 223 ff. = NJW 1956, 1148 ff.; OLG Frankfurt, NJW 1954, 839 ff.; FamRZ 1955, 212 ff.; FamRZ 1957, 55 ff.; OLG Celle, FamRZ 1955, 213 ff.; weitere Nachweise bei Staudinger-Donau, Vorbem. zu § 1626, Rdz. 24.
- 236) BGHZ 20, 313 ff. (321).
- 237) Staudinger-Donau, Vorbem. zu § 1626, Rdz. 25.

- 238) Vgl. OLG Frankfurt, Fußn. 235; LG Göttingen, FamRZ 1955, 20; vgl. auch Arnold, MDR 1953, 332 ff. (334 linke Spalte).
- 239) OLG Celle, FamRZ 1955, 213 ff. (213 rechte Spalte); vgl. BayObLGZ, FamRZ 1955, 20 ff. (21 rechte Spalte) und BGHZ, a. a. O., S. 320, die diese Konstruktion ebenfalls ablehnen.
- 240) BVerfGE 10, 59 ff. = FamRZ 1959, 416 ff. = NJW 1959, 1483 ff.; siehe auch BGBl. 1959 I 633.
- 241) So Bosch, FamRZ 1959, 406 ff. (413 linke Spalte) mit der Maßgabe, daß die betreffende Regelung des BGB anhand des Art. 3 Abs. II GG zu überprüfen sei.
- 242) Beitzke, JR 1959, 401 ff. (403 rechte Spalte); Soergel-Siebert (Lange), § 1628, Rdz. 6; Staudinger-Donau, § 1628, Rdz. 14.
- 243) Vgl. auch Soergel-Siebert (Lange), a. a. O., Rdz. 15; Staudinger-Donau, a. a. O., Rdz. 16.
- 244) BVerfGE 10, 59 ff. (83).
- 245) Vgl. Bosch, FamRZ 1959, 265 ff. (266 rechte Spalte), 295, 406 ff. (410 ff.); BayObLGZ, FamRZ 1959, 293 ff. (294 rechte Spalte); Wahl, FamRZ 1959, 305 ff. (307), der von einem riesigen Einfallstor staatlicher Ingerenz in die Lebens- und Schicksalsfragen der Kinder spricht; Schwoerer, NJW 1959, 2089 ff. (2091 ff.).
- 246) Staudinger-Donau, § 1628, Rdz. 17 ff.; Erman-Ronke, § 1627, Anm. 4 d; Gernhuber, Lehrbuch, S. 564 - 566; Beitzke, Lehrbuch, S. 186; BGB-RGRK (Scheffler), § 1627, Anm. 5 ff.; Soergel-Siebert (Lange), § 1628, Rdz. 16 ff. Eine o b j e k t i v e Verletzung des Kindeswohles muß für ein Tätigwerden des Vormundschaftsgerichtes ausreichen. Auf ein Verschulden der Eltern darf nicht abgestellt werden; so auch Gernhuber, a. a. O., S. 564; Palandt-Lauterbach, § 1627, Anm. 2; Arnold, FamRZ 1959, 425 ff. (429); einschränkender Schwoerer, a. a. O., S. 2091, der in Anlehnung an das schwedische Elterngesetz vom 10.6.1949 eine Inanspruchnahme des Vormundschaftsgerichtes nur bei Gefährdung des Kindeswohles infolge objektiven M i ß b r a u c h s des Elternrechtes zulassen will und damit jene Fälle nicht erfaßt, die keinen Mißbrauch objektiv darstellen, weil die Eltern aus gutem Grund unterschiedliche unüberbrück-

bare Meinungen vertreten; ablehnend Bosch, a. a. O., S. 410 ff.; gegen Schwoerer und Bosch mit Recht Lange, NJW 1961, 1889 ff. (1890 rechte Spalte) unter Berufung auf das Wächteramt des Staates.

247) Rosenberg-Schwab, S. 44.

248) BVerfGE 10, 59 ff. (84) = NJW 1959, 1483 ff. (1486) = FamRZ 1959, 416 ff. (421); OLG Köln, FamRZ 1967, 293; OLG Hamm, FamRZ 1966, 209 ff. (210 rechte Spalte oben); OLG Frankfurt, FamRZ 1961, 125 rechte Spalte; BGB-RGRK (Scheffler), § 1627, Anm. 8; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O., Rdz. 20.

249) Vgl. Beitzke, JR 1959, 401 ff. (404 linke Spalte oben), ist als zu starker und nicht durch das Wächteramt zwingend gebotener Eingriff in das Elternrecht abzulehnen; die von Dölle, Lehrbuch II, S. 143 erwähnten Fälle der Eilbedürftigkeit sind hier kein einschlägiges Argument, denn der Erlaß einstweiliger Anordnungen ist im Eilfalle dem Vormundschaftsgericht stets möglich, wenn seine Kompetenz überhaupt gegeben ist; zur Ausgestaltungsbefugnis vgl. Staudinger-Donau, § 1628, Rdz. 22 - 27.

250) BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O., Anm. 11; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O., Rdz. 22; Palandt-Lauterbach, § 1627, Anm. 2; Erman-Ronke, a. a. O., Anm. 4 d; vgl. auch FamRZ 1962, 28 ff. und Staudinger-Donau, a. a. O., Rdz. 29 zur weiteren Frage, ob die Verweigerung der Einwilligung als Mißbrauch der elterlichen Gewalt angesehen werden könnte.

251) So jetzt auch Gernhuber, Lehrbuch, S. 572; dagegen noch die Voraufgabe, S. 509, derzufolge bei Billigung nur eines Elternteiles kein rechtswidriger Eingriff eines Dritten in die elterliche Gewalt vorliege; zustimmend Erman-Ronke, § 1631, Anm. 3 a und OLG Schleswig, FamRZ 1965, 224 ff. (226 linke Spalte).

252) Gernhuber, Lehrbuch, S. 572 Fußn. 1; Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 24.

253) BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 10; Staudinger-Donau, a. a. O.

254) Dölle, Lehrbuch, S. 157; BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 5; Beitzke, Lehrbuch, S. 195; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 3 b; Staudinger-Donau, a. a. O., Rdz. 19; Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 10.

- 255) Dölle, a. a. O.; BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O.
- 256) Dölle, a. a. O., der eine Anlehnung an deliktische Vorstellungen für entbehrlich hält; BGB-RGRK (Scheffler), a. a. O.; Beitzke, a. a. O.; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O.; Staudinger-Donau, a. a. O., der auf den deliktischen Charakter hinweist.
- 257) Thomas-Putzo, § 935, Anm. 1.
- 258) KG, JW 1925, 377 ff. (378).
- 259) KG, JW 1936, 1020.
- 260) BGH, NJW 1960, 2099 ff.; KG, FamRZ 1955, 295 ff. (296); Dölle, Lehrbuch, S. 157 ff.
- 261) OLG Hamburg, ROLG 7, 325 ff. = SeuffA 59 Nr. 140; RG, JW 1904, 557 = SeuffA 60 Nr. 113; OLG Darmstadt, ROLG 23, 221 ff. (222); RG, JW 1924, 539 ff. (540); grundsätzlich auch für § 883 KG, JW 1929, 869 ff. (870); KG, FamRZ 1966, 155 ff. (157 linke Spalte); Rosenberg, Lehrbuch, S. 1073.
- 262) OLG Stuttgart, SeuffA 38 Nr. 289; für eine grundsätzliche Ablehnung des § 883 bei der Wegnahme von Personen Gernhuber, Lehrbuch, S. 534 und AG Mindelheim, DRZ 1949, S. 187 m. abl. Anm. von K. A. Bettermann.
- 263) KG, JW 1929, 869 ff. (870); OLG Darmstadt, JW 1929, 849; KG, JZ 1925, 377 ff. (378); OLG Düsseldorf, NJW 1958, 1831 ff. (1832).
- 264) In der Begründung so auch Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 29, obwohl er zunächst nicht zwischen Duldung und Zuführung unterscheiden will; Dölle, Lehrbuch, S. 158; Beitzke, Lehrbuch, S. 195; BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 13; wohl auch Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 13; Schnitzerling, StAZ 1961, 37 ff. (39).
- 265) Gernhuber, a. a. O.; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 3 c, der bei Duldung auch § 890 anwendet, die Zuführung aber unter § 887 fallen läßt und im übrigen der herrschenden Meinung zuerkennt, daß die Vollstreckung nach § 883 sich am einfachsten gestaltet.
- 266) So Gernhuber, a. a. O., S. 535; AG Mindelheim, a. a. O.; Erman-Ronke, a. a. O.
- 267) Vgl. Bettermann, Anm. zu AG Mindelheim, a. a. O., der zutreffend den Herausgabeanspruch als qualifizierendes Tatbestandsmerkmal des § 883 betont; zum Analogieschluß der Reichstagskommission vgl. OLG Stuttgart, SeuffA 38 Nr. 289 m.w.N.

- 268) Sigloch, AcP, 154, 243 ff. (248 ff.).
- 269) So im Ergebnis auch z. B. Sigloch, a. a. O., S. 257, der dem § 883 ZPO als Sondervorschrift einen § 883 a über die Herausgabe von Personen, insbesondere von Kindern, anfügen und dort die Beiziehung einer Fachkraft des Jugendamtes einbauen will.
- 270) Baumbach-Lauterbach, § 883, Anm. 4; Wieczorek, § 883, Anm. B IV; Stein-Jonas-Pohle, § 883, Anm. III; KG, FamRZ 1966, 155 ff. (157 linke Spalte).
- 271) Stein-Jonas-Pohle, § 890, Anm. II 1.
- 272) So auch Gernhuber, a. a. O., S. 534; wohl auch Kipp-Wolff, Lehrbuch, S. 316, Fußn. 13; Dölle, a. a. O., S. 158; ablehnend Baumbach-Lauterbach, § 890, Anm. 1 A, die auf das Merkmal der greifbaren Handlung abstellen und nach § 887 vollstrecken wollen und daher im Ergebnis auch zu § 892 mit seiner für die Praxis bedeutsamen Zwangsgewalt des Gerichtsvollziehers (§§ 758 Abs. III, 759 ZPO) kommen; desgl. Staudinger-Donau, a.a.O., Rdz. 29, der § 890 ablehnend, zur Anwendung des § 888 kommt und daher ebenfalls § 892 bejaht.
- 273) So Staudinger-Donau, a. a. O.; Gernhuber, a.a.O.
- 274) So mit Recht auch Dölle, a. a. O., S. 159.
- 275) KG, FamRZ, 1966, 155 ff. (157 linke Spalte); OLG Düsseldorf, FamRZ 1968, 43 ff. (45 Spalte links); Staudinger-Donau, a.a.O.; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O., Rdz. 14.
- 276) Staudinger-Donau, a. a. O.; vgl. auch den berühmt gewordenen Fall "Angelika Kurtz", KG, a. a. O.
- 277) Vgl. Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 30 mit ausführlichem Literatur- und Rechtsprechungsnaheweis.
- 278) BayOblGZ, FamRZ 1955, 20 ff. (21 rechte Spalte); LG Hamburg, NJW 1953, 989.
- 279) Grundlegend RG, DR 1944, 334 rechte Spalte; für die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes bei Scheidung der Eltern auch BGHZ 19, 185 ff. = FamRZ 1956, 51 ff.
- 280) So mit Recht auch Gernhuber, a. a. O., S. 535, Fußn. 3.

- 281) BGH, a. a. O., S. 190 = 52 ff.
- 282) Vgl. auch die amtliche Begründung zu § 1632, abgedruckt bei Maßfeller, S. 233/234; Dölle, a. a. O., S. 155 ff.; Staudinger-Donau, a. a. O., Rdz. 31; Gernhuber, a. a. O.; über die Befugnis und gegebenenfalls sogar Pflicht des Vormundschaftsgerichtes, dem Herausgabeurteil des Prozeßgerichtes die Grundlage zu entziehen, vgl. oben, Zweiter Teil VII.
- 283) BGHZ 40, 1 ff. = LM Nr. 4 zu § 1632 mit Anm. v. Johannsen = NJW 1963, 2219 ff. = FamRZ 1963, 560 ff.; Staudinger-Donau, a. a. O., Rdz. 31 a; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O., Rdz. 15.
- 284) BGH, a. a. O., S. 11; ebenso für analoge Anwendung Johannsen, a. a. O.; desgleichen Staudinger-Donau, a. a. O.; gegen Analogie und für direkte Anwendung jedoch Gernhuber, a. a. O., S. 536, Fußn. 2 ohne nähere Begründung, warum er hier direkt Abs. II für anwendbar hält, obwohl der Gesetzgeber diese Regelung nur für in Trennung oder Scheidung lebende Eheleute einführen wollte.
- 285) BGH, a. a. O., S. 12.
- 286) Johannsen, a. a. O.
- 287) Vgl. KG, FamRZ 1970, 488 ff. (489 rechte Spalte) mit Literaturhinweisen zum Meinungsstreit.
- 288) OLG Celle, FamRZ 1964, 270; Dölle, a. a. O., S. 159, Fußn. 53.
- 289) KG, FamRZ 1970, 488 ff. (489 rechte Spalte) = NJW 1970, 1793 ff. (1794 linke Spalte); Gernhuber, a. a. O., S. 536; Soergel-Siebert (Lange), a. a. O.
- 290) Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 21; Dölle, Lehrbuch, S. 159.
- 291) So die herrschende Meinung; Staudinger-Donau, a. a. O., Rdz. 32; Palandt-Lauterbach, § 1632, Anm. 2; Dölle, a. a. O.; Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 15; Gernhuber, Lehrbuch, S. 535; BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 12; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 2 a; OLG Hamm, JMB1. NRW 1960, 253 ff.; bedenklich KG, FamRZ 1970, 39 ff. = NJW 1970, 148 ff., das die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes auf einen Elternteil durch vorläufige Anordnung nur in dringenden Fällen zulassen will, selbst wenn der andere Teil das Kind

eigenmächtig mit sich fortgenommen hatte. Die Feststellung, daß kein Grundsatz bestehe, demzufolge ein Kind stets und ohne Rücksicht darauf, ob dies seinem Wohle diene, zunächst zu dem Elternteil zurückgebracht werden müsse, dem es der andere Teil weggenommen hatte, ist zwar wegen ihrer Orientierung am Kindeswohl zutreffend, aber in ihrer praktischen Konsequenz fragwürdig, da sie ungewollt die eigenmächtige Wegnahme eines Kindes ohne oder gegen den Willen des anderen Elternteiles praktisch sanktionieren hilft.

- 292) So auch BayOBLG, FamRZ 1966, 252 ff. in ständiger Rechtsprechung; für eine entsprechende Anwendung des § 1671 Abs. III S. 2 im Rahmen des § 1671 auch OLG Hamm, FamRZ 1958, 145 rechte Spalte; OLG Hamburg, MDR 1958, 929; OLG Karlsruhe, NJW 1959, 727 ff. (729 rechte Spalte) = FamRZ 1958, 68 ff. (70 linke Spalte); OLG Köln, NJW 1962, 2110; Dölle, a. a. O., S. 313; dagegen BGB-RGRK (Meyer), § 1672, Anm. 4, 5 und Krüger, in: Krüger/Breetzke/Nowack, GleichberG, § 1672, Rdz. 5.
- 293) KG, FamRZ 1964, 641 ff. (642 rechte Spalte oben); BayOBLG, FamRZ 1958, 144 linke Spalte oben; KG, FamRZ 1967, 414 ff. (415 rechte Spalte); BayOBLG, FamRZ 1971, 192 ff. (193 linke Spalte).
- 294) Beitzke, Lehrbuch, S. 202.
- 295) Dölle, a. a. O.; Palandt-Lauterbach, § 1672, Anm. 2; Donau, MDR 1958, 6 ff. (7 rechte Spalte).
- 296) Krüger, a. a. O.; OLG Frankfurt, FamRZ 1955, 212 rechte Spalte; KG, FamRZ 1967, 414 ff. (415 rechte Spalte unten); Dölle, a. a. O., Fußn. 163; Palandt-Lauterbach, a.a.O.; vgl. auch LG Berlin, FamRZ 1971, 36 ff., das auf die Ablösung des Schuldprinzips durch das Zerrüttungsprinzip hinweist und die Gefährdung des Kindeswohles für ausschließlich maßgeblich hält mit der unerfreulichen Konsequenz, daß eine durch die eigenmächtige Wegnahme des Kindes verursachte objektive Verletzung des elterlichen Sorgerechtes des anderen Elternteiles nur dann relevant ist, wenn durch die Wegnahme gleichzeitig das Kindeswohl gefährdet ist; vgl. dazu auch KG, FamRZ 1970, 39 ff.
- 297) Siehe Fußn. 296.

- 298) Belke, FamRZ 1969, 72 ff. (73).
- 299) Klemm, FamRZ 1969, 311 ff.
- 300) Klemm, a. a. O., S. 313 linke Spalte.
- 301) BVerfGE 3, 225 ff. (242).
- 302) Beitzke, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, die Grundrechte, 199 ff. (209).
- 303) Vgl. BVerfGE 6, 389 ff. (423).
- 304) BVerfGE 10, 59 ff. (75) = FamRZ 1959, 416 ff. (419 rechte Spalte).
- 305) So mit Recht auch Beitzke, a. a. O., S. 211.
- 306) Vgl. auch BVerfG, a. a. O., S. 80 ff. = 420 ff.
- 307) KG, FamRZ 1970, 39 ff.; vgl. auch Fußn. 291.
- 308) LG Berlin, FamRZ 1971, 36 ff.; vgl. auch Fußn. 296; KG, a. a. O., S. 40; durch die eigenmächtige Wegnahme des Kindes wird die "Gruppensolidarität der Familie" verletzt; König, Staat und Familie, S. 69.
- 309) Gernhuber, Lehrbuch, S. 655; Staudinger-Schworer, § 1671, Rdz. 171; Soergel-Siebert (Lange), § 1671, Rdz. 45; Pohle, FamRZ 1957, 161; Beitzke, Lehrbuch, S. 206.
- 310) Dölle, Lehrbuch, S. 308.
- 311) So BayObLGZ 1963, 191 ff. (193) = FamRZ 1963, 582 ff. (583 linke Spalte).
- 312) BayObLGZ, a. a. O., S. 195 = 584; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 4 a; Palandt-Lauterbach, § 1632, Anm. 3; vgl. auch OLG Hamm, FamRZ 1970, 95 ff. (96 rechte Spalte); KG, FamRZ 1970, 202 ff. (205 rechte Spalte).
- 313) Staudinger-Schworer, a. a. O.; Gernhuber, a. a. O.; Schworer, FamRZ 1958, 433 ff. (441); ebenso Beitzke, a. a. O., S. 202, für eine Verbindung, falls diese erforderlich sei.
- 314) So Soergel-Siebert (Lange), a. a. O.; Dölle, a. a. O.; wohl auch Beitzke, a. a. O., S. 206, dort offenbar im Gegensatz zu S. 202 ohne die Einschränkung der Erforderlichkeit.

- 315) So Klemm, FamRZ 1969, 311 ff. (312 rechte Spalte).
- 316) Ganz einhellige Meinung, vgl. Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 33; Palandt-Lauterbach, § 1632, Anm. 3; Dölle, Lehrbuch, S. 160; Gernhuber, Lehrbuch, S. 535; Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 15.
- 317) Bosch, FamRZ 1966, 57 ff. (62 rechte Spalte).
- 318) Wolff, FamRZ 1968, 493 ff. (497 linke Spalte).
- 319) Habscheid, S. 29.
- 320) Jansen, § 31, Rdz. 11; Pikart-Henn, S. 99; Schlegelberger, § 16, Rdz. 8; Keidel, § 31, Rdz. 21; OLG Bremen, MDR 1954, 179; KGJ 42, 23 ff. (24 ff.); Staudinger-Schwoerer, § 1671, Rdz. 137.
- 321) Pikart-Henn, S. 138; Jansen, § 16, Rdz. 21.
- 322) Vgl. auch Habscheid, S. 208; Baur, S. 287.
- 323) Baur, a. a. O.
- 324) Brand/Hensel, S. 56; Keidel, § 33, Rdz. 36; Jansen, § 33, Rdz. 18; Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 33; Nussbaum, ZZP 29, 440 ff. (452).
- 325) Jansen, a. a. O.; Staudinger-Göppinger, § 1666, Rdz. 364; OLG Köln, NJW 1952, 547 ff. mit zust. Anm. v. Keidel; Nussbaum, a. a. O., S. 454, 462.
- 326) BayObLGZ 56, 191 ff. (196) = NJW 1957, 185 ff. (186); kritisch dazu BGH, NJW 1960, 2099 ff.
- 327) So wohl auch Baur, S. 284; auf beschwerdeberechtigte Beteiligte beschränkend Erman-Ronke, § 1671, Anm. 15 e; für eine Vollstreckungsmöglichkeit für und gegen alle auch Riedel, UJ 1950, 383 ff. (385).
- 328) Schlegelberger, § 33, Rdz. 3.
- 329) Keidel, § 33, Rdz. 16; Jansen, § 33, Rdz. 31; Baur, S. 289.
- 330) Vgl. Jansen, a. a. O., Schlegelberger, a. a. O.
- 331) Vgl. auch Josef, Kommentar, § 33, Anm. 3, der Vollstreckungsmaßnahmen von "Behörde zu Behörde" für zulässig hält; dagegen Schlegelberger, a.a.O., und Jansen, a.a.O.

- 332) BGB-RGRK (Scheffler), § 1632, Anm. 1; Palandt-Lauterbach, Einführung vor § 1626, Anm. 2; Erman-Ronke, § 1632, Anm. 1 a; Staudinger-Donau, § 1632, Rdz. 3; Soergel-Siebert (Lange), § 1632 Rdz. 3; Dölle, Lehrbuch, S. 155; Gernhuber, Lehrbuch, S. 14.
- 333) So mit Recht Soergel-Siebert (Lange), Einleitung vor § 1297, Rdz. 4; Gernhuber, a. a. O.; Oertmann, ACP 123, 129 ff. (155).
- 334) Wolf, FamRZ 1968, 493 ff. (498).
- 335) RGZ 141, 319 ff. (320); OLG Neustadt, FamRZ 1961, 532 ff. (533); OLG Köln, FamRZ 1963, 447 ff.; OLG Schleswig, FamRZ 1965, 224 ff.; Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 3; Gernhuber, Lehrbuch, S. 536.
- 336) Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch, § 229, Anm. I.
- 337) KG, JW 1925, 377 ff.
- 338) Dreher, StGB, § 235, Anm. 2; BGH, NJW 1963, 1412 ff.; Maurach, Lehrbuch, Besonderer Teil, Nachtrag 1970, S. 9 ff.
- 339) Schöнке-Schröder, StGB, Nachtrag zur 14. Aufl., § 235, Rdz. 14; RGSt 48, 427 ff. (428 ff.); RGSt 22, 166 ff. (167).
- 340) RGSt 48, 427 ff. (429); RGSt 22, 166 ff. (167).
- 341) Gernhuber, a. a. O.; Soergel-Siebert (Lange), § 1632, Rdz. 14; RGZ 141, 319 ff. (320).
- 342) Jayme, Familie und unerlaubte Handlung, S. 130; Gernhuber, Lehrbuch, S. 536 ff.
- 343) Jayme, a. a. O.
- 344) So KG, FamRZ 1971, 473 m. w. N.
- 345) So mit Recht Kissel, ZZP 69, 3 ff. (5); im Ergebnis auch Keidel, § 19, Rdz. 96.
- 346) Der geringe Rechtsschutzcharakter der Dienstaufsichtsbeschwerde kommt auch in deren "dreifachem Los" zum Ausdruck: form-, frist- und erfolglos; vgl. auch Kissel, a. a. O., S. 4, Fußn. 4.
- 347) Kissel, a. a. O., S. 8, Fußn. 19 ff.

- 348) Kissel, a. a. O., S. 13.
- 349) KG, FamRZ 1971, 473 ist daher abzulehnen; zur analogen Anwendung vgl. oben Zweiter Teil, V 2.
- 350) So auch Keidel, § 19, Rdz. 96; dagegen Kissel, a. a. O., S. 17.
- 351) Huhn, FamRZ 1967, 314 ff.; v. Busekist, Familiengericht, S. 30 ff., 55 ff.; Habscheid, FamRZ 1955, 153 ff.; Bosch, ACP 149, 32 ff. (77); Göppinger, FamRZ 1971, 313 ff.; vgl. auch Ritter, FamRZ 1971, 405 ff.
- 352) Veröffentlicht in FamRZ 1970, 213 ff.
- 353) Veröffentlicht in FamRZ 1970, 429 ff.

Lebenslauf

Am 8. März 1943 wurde ich in Berlin als Sohn des Reichsbahnrates und juristischen Dezernenten in der Reichsbahndirektion Berlin, Armin v. Livonius und seiner Ehefrau Else-Gertraud, geb. Fraeb, geboren.

Seit 1949 besuchte ich die 7. Grundschule zu Berlin-Grunewald und wurde Ostern 1955 in die Walther-Rathenau-Schule (ehemaliges Grunewald-Gymnasium) aufgenommen. Am 5. März 1962 erhielt ich dort das Reifezeugnis.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten von West-Berlin, Paris und München. Dort legte ich am 26. Juli 1968 die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach Ableistung der Referendarzeit im Regierungsbezirk Oberbayern und im Oberlandesgerichtsbezirk München bestand ich dort am 25. August 1971 die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit 8. März 1969 bin ich mit Freiin Hiltraud v. Eyb zu Neuendettelsau verheiratet und habe einen Sohn, der am 25. Februar 1970 in München geboren wurde.

gedruckt von: COPY DRUCK Nürnberg
85 Nürnberg Innerer Laufer Platz 12

